Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Ueber die exceptio non adimpleti contractus.

Von

Herrn Stadtrichter Schenck zu Jena.

§. 1.

Die Art der Entstehung meiner früheren Abhandlung im Archiv für civ. Praxis, Bd. XVII. IV. IX. [1]) hat nicht allein zu Lücken in der Begründung meiner Ansicht verleitet, sondern auch dazu geführt, von einer Seite eine Begründung zu versuchen, welche die nächste Frage des Streites in einen Widerspruch verwickeln mußte, dessen Lösung in der That für des Kampfes Zweck unbedingt gar nicht erforderlich ist. Sollte auch der Käufer, der Natur des Kaufvertrags zu Folge, regelmäßig nicht gehalten seyn, den Kaufpreis früher zu zahlen, ehe der Verkäufer das Kaufobject ihm tradirt habe; sollte vielmehr die Leistungspflicht beider Contrahenten, des Käufers und Verkäufers, eine [2]) von beiden Seiten Zug um Zug gehende Erfüllung zu fordern, berechtigen, sobald

1) Sie ist — wie ich schon andeutete Arch. Bd. 17. S. 254 — nur der Inhalt einer in die Form einer Abhandlung gefügten advocatorischen Deductionsschrift, welcher der Prozeßfall die Richtungen vorgezeichnet hatte. Der Prozeßfall führte nämlich darauf, die Reihefolge der Leistungspflichten bei dem Kaufvertrage zu entwickeln, und Anwendung davon auf die Theorie der exc. n. i. c. zu machen.

2) Wie Herr geh. Regierungsrath Heerwart, Archiv f. civ. Pr. Bd. 18. Abth. XV. §. 3. 4. S. 394. §. 5. princ. §. 6. 10. S. 417 num. 1. behauptet.

nicht der Vertrag etwas Anderes bestimmt hat: so vermöchte dieses dennoch weder gegen meine Grundidee, „die Statthaftigkeit der exc. n. i. c. hänge von der Natur des concreten Vertrages ab", noch gegen meine Ansicht, „diese exc. sey, wo sie statthaft, nur verneinende Einlassung", entscheiden. Denn bringt der Kaufvertrag Zug um Zug gehende Leistungen mit sich, so gehört er in die Klasse der zweiseitigen Verträge, die ich Arch. für civ. Pr. Bd. XVII. S. 95 die classis B. solcher Verträge nannte, und unterliegt dann hinsichtlich der exc. n. i. c. den über diese Classe in dieser Beziehung aufgestellten Grundsätzen. Vermag dann auch der Käufer den Zahlung begehrenden Verkäufer mit der Erwiederung hinzuhalten, daß er vorerst das Kaufobject tradiren müsse, so nöthigt der Ausdruck *exceptio* mercis non traditae in den römischen Gesetzesstellen doch noch keineswegs, jene Erwiederung für eine wirkliche Einrede, und nicht für eine Verneinung des Klaggrundes zu betrachten, da der Ausdruck „exceptio" in den hierher gehörigen Gesetzesstellen auf andere Weise sich erklärt — m. s. Arch. für civ. Pr. Bd. XVII. S. 115 bis 120—, als durch die Pflicht Zug um Zug gehender Leistungen. Herr geh. Regierungsrath Heerwart hat zwar Arch. Bd. 18. S. 391 nur meine Erklärung der l. 5. Cod. 8, 45 und l. 5. §. 4. D. 44, 4, nicht aber auch die Erklärung der l. 25. D. 19,1 zugegeben; allein die Folge wird zeigen, daß nicht nur meine Erklärung der l. 25. cit. so grundlos nicht sey, sondern daß überhaupt der Ausdruck „exceptio" in Stellen des römischen Rechts nicht berechtige, für eine wirkliche Einrede zu nehmen, was der römische Jurist exceptio nannte. Kann ich demnach zunächst für die Frage über die Natur und die Statthaftigkeit der exc. n. i. c. die Untersuchung, ob im Kaufvertrage regelmäßig der Käufer zur Vorleistung durch Zahlung und der Verkäufer erst zur Nachleistung durch Tradition verpflichtet werde, dahin gestellt seyn lassen, so muß ich nun um so mehr dazu schreiten, meine Ansicht über die exc. n. i. c. vollständiger,

wie bis jetzt geschehen, zu begründen, da ich in der Antwort des Hrn. geh. Regierungsraths Heerwart, Arch. Bd. 18. Abh. XV., auf meine Entwickelungen eine gewichtige Veranlassung hierzu erblicke.

§. 2.

Der polemische Gang dieser Begründung erheischt es, zusammenzustellen, worin Heerwart mit meiner Ansicht jetzt übereinstimmt, und worüber unsere Meinungen noch different geblieben sind. Die in meiner frühern Abhandlung auszuführen versuchte Theorie zerfällt in folgende zwei Hauptsätze:

A. die Statthaftigkeit der sogenannten Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist nicht allgemein ohne Einschränkung bei allen zweiseitigen Contracten anzunehmen, sondern hängt von der Natur des in Frage befindlichen Vertrages ab, nach welcher Verträge, wo sie gar nicht, — Verträge, wo sie jedem der beiden Contrahenten, — und Verträge, bei denen sie nur dem einen derselben zusteht, — s. Arch. Bd. 17. S. 95 — 99. —, von einander zu unterscheiden sind;

B. diese exceptio ist, wo sie zulässig, nicht wirkliche Einrede, sondern nur verneinende Einlassung *).

Erinnern wir uns, daß Heerwart in seinen frühern Entwickelungen über die exc. n. i. c. auf diese Verschieden-

*) Meiner Ansicht stimmt mindestens im Resultate neuestens zu: Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts. Halle 1836. Thl. II. §. 334. in f. Für eine Einrede kann er die exc. n. i. c. nicht wohl halten, da, was er für jeden Klagfall fordert, nach Heerwartscher Theorie dann nicht erforderlich seyn würde, wenn der Beklagte die exc. n. i. c. nicht vorschützt. Auch haben Julius Knappe Versuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen. München 1835 (eine von der Juristenfacultät München mit dem Preisaccessite im Jahre 1831 belohnte Abhandlung) und Carol. Gustav. Gloecknerus selecta e re judiciaria capita. Lips. 1834. Cap. II. §. 4. u. 5. die exc. n. i. c., den frühern Theorien getreu, nur für eine Einlassung auf die Klage erklärt.

heit der Verträge, welche der Anwendung unſerer exceptio ein bei Weitem beſchränkteres Feld anweiſt, nicht nur nicht aufmerkſam machte, ſondern im Gegentheil gar kein Bedenken trug, in Note 13. S. 340 Bd. VII. des Arch. zu erklären: „Alle dieſe (für die exc. n. i. c. citirten) Stellen ſprechen zwar nur vom Kaufvertrage, doch läßt ſich gegen die Ausdehnung derſelben auf andere zweiſeitige Conſenſualverträge nichts Erhebliches einwenden:“ ſo finden wir in ſeiner neueſten Schrift über unſere exceptio eine völlige Aenderung ſeiner Meinung. Arch. Bd. 18. Abh. XV. §. 7. bis 10 incl. entwickelt er ja die Unrichtigkeit der alten Lehre, daß dasjenige, was über die exc. n. i. c. in den Geſetzen nur vom Kauf ausdrücklich geſagt ſey, von allen zweiſeitigen Verträgen gelte. Im §. 8. u. 10. Nr. 2. gibt er zu, daß regelmäßig der Vermiether durch Ueberlaſſung der vermietheten Sache zur Benutzung, vorleiſten müſſe, ehe der Miether zu zahlen brauche, daher auch nur dieſer und nicht jener zur exc. n. i. c. befugt ſey [3]). Im §. 9. verſagt er dieſe exc.

3) Ich übergehe des Heerwart Entwickelung der Begründung dieſer Meinung, da ſie bei gleichen Reſultaten für unſere Hauptfrage weniger weſentlich iſt. Was über das Recht auf Sicherheitsleiſtung, wenn justa causa zu dem Antrage darauf vorliegt, §. 8. cit. geſagt wurde, gehört nicht hierher. Denn ein Anderes iſt dieſes Recht und ein Anderes die Frage nach der contractlichen Vor- und Nachleiſtungspflicht des Paciscenten. Iſt justa causa zur Cautionsforderung vorhanden, dann kann auch wohl die Retention der außerdem fälligen Vorleiſtung die Caution bilden dürfen. Dieſe Retention folgt aber dann nicht aus der Natur des in Mitte liegenden Vertrages, ſondern aus dem von dieſem verſchiedenen Verhältniſſe der Unſicherheit des zur Nachleiſtung Pflichtigen. Ich deutete hierauf S. 252. i. f. Arch. Bd. 17. ſchon hin. Daß nun aber justa causa allein ſchon vorhanden ſey, wenn der eine Contrahent wegen der ihm verſprochenen Gegenleiſtung nicht gedeckt iſt, läßt ſich nicht behaupten. Nicht der Mangel ſpecieller Sicherſtellung der Gegenleiſtung, ſondern die Umſtände des einzelnen Falles, die darin begründete Unſicherheit der künftigen Leiſtung müſſen es entſcheiden, ob justa causa vorliege. Denn das Recht zu ſolcher Sicherſtellung kann dann nicht für begründet gehalten werden,

dem Geſellſchafter, während er im §. 10. beim Tauſchvertrage wie Kaufcontracte dieſelbe beiden Contrahenten geſtattet, beim Trödelvertrage und contractus suffragii dagegen ſie wieder für unzuläſſig erklärt, hinſichtlich des Vergleichs aber durchgreifende Regeln nicht für aufſtellbar hält. Im Allgemeinen ſchließt er mit der Bemerkung, daß dann, wenn beide Leiſtungen Zug um Zug nicht vor ſich gehen könnten, angenommen werden müſſe, es könne Keiner mit der Einrede ſich ſchützen, ſondern nur durch Widerklage ſich helfen, da es nicht zu billigen ſey, im Mangel paſſender Analogien nach willkührlichem Gutdünken und Hypotheſen über die Willensmeinungen der Partheien zu Behauptungen ſich beſtimmen zu laſſen, welche ihrer Quelle nach faſt in jedem Kopfe eine andere Geſtalt annähmen, und ſo das Recht zu einem Spiele des Zufalles herabwürdigten. — In dieſen Entwickelungen finde ich nur wieder, was ich Arch. Bd. 17. S. 94. ff. §. 2. im Allgemeinen, und im Beſonderen hinſichtlich des Tauſch-, des Mieth-, des Societäts-Contractes und des Vergleiches geſagt habe. Wenn Heerwart Arch. Bd. 18. S. 416 mir vorwirft, ich hätte mit Unrecht die Leiſtungen aus dem Vergleiche für von einander unabhängig erklärt, ſo hat er mich auf S. 96. und Note 2. ib. mißverſtanden. Ich habe dort nur geſagt, daß oft Leiſtungen aus Vergleichen Belege lieferten für meine Anſicht, es gebe zweiſeitige Verträge, bei denen die Leiſtungen einander nicht bedingten; daß aber dieſe Unbedingtheit zwiſchen Leiſtungen aus Vergleichen immer ſtattfinde, habe ich nicht behauptet, und behaupten wollen, da ich ja alles auch bei ihnen nur von dem erkennbaren Willen der Partheien im Vertrage abhängig erklärte. Ich bin darum auch hinſichtlich des Vergleichscontractes ganz gleicher Meinung mit Heerwart, der, da er das Vorkom-

---

wenn auch ohne ſpecielle Deckung die Gegenleiſtung doch gar nicht unſicher iſt. Der Vermiether, welcher Caution ſich nicht ausbedungen, iſt keineswegs ſie zu fordern befugt, ſobald nur ſonſt der Miether ihm kein unſicherer Mann iſt.

men aller Fälle bei Vergleichen für möglich hält, mir gewiß nicht widersprechen wird, wenn ich bei ihnen auch den Fall der völligen Unabhängigkeit beiderseitiger Leistungen von einander für möglich hielt. — Daß schon dann, wenn beide Leistungen Zug um Zug nicht vor sich gehen können, eine solche Unabhängigkeit anzunehmen sey, vermag ich nicht zuzugeben. Bei Verträgen, bei denen der eine Contrahent vorleisten muß (wie z. B. beim Miethvertrage der Vermiether), hat der andere zur Nachleistung Verbundene, obschon doch hier, wie Heerwart, Arch. Bd. 18. S. 412, selbst sagt, Zug um Zug gehende Leistungen nicht möglich sind, dennoch die exc. n. i. c. Arch. Bd. 18. S. 417. Nr. 2. Alles wird daher nur darauf ankommen — und hierin ist ja Heerwart offenbar jetzt meiner Meinung —, wie die Natur des Vertrages, der erkennbare (nach Gesetz oder ausdrücklicher Vereinbarung anzunehmende) Wille der Paciscenten, über die Zulässigkeit der exc. n. i. c., die Abhängigkeit oder Unabhängigkeit der beiderseitigen Leistungen von einander, entscheidet. Daß bei ganz ähnlichen Contractsverhältnissen die Natur des Vertrages nach Analogien bestimmt werden dürfe, widerspreche ich nicht, da aus Analogien bestimmt werden darf, was über die Natur eines Verhältnisses rechtlich anzunehmen sey.

Aus Allem ergibt sich: über meinen oben unter A. angegebenen Hauptsatz findet jetzt zwischen Heerwart und mir keine Verschiedenheit der Meinung mehr statt, wenn wir auch Einzelnes, und besonders die Natur des Kaufvertrags in dieser Beziehung verschieden bestimmen. Heerwart nimmt offenbar gleich mir — zweiseitige Verträge, bei denen völlige Unabhängigkeit der Leistungen von einander statt findet,— Verträge, bei denen gegenseitige Abhängigkeit der Leistungen die Regel ist, und — Verträge an, bei denen nur die Leistung des Einen Contrahenten, welcher nachzuleisten schuldig ist, von der des andern abhängt; er gibt demnach die Rich-

tigkeit der S. 95. Bd. 17. des Arch. von mir aufgestellten Vertragsklassen zu, obgleich er es nicht ausdrücklich sagt[4]).

---

4) Wie Heerwart unter solchen Umständen, Archiv Bd. 18. §. 7. S. 405. ff., meine Hinweisung auf mehrere Beachtung des mutuus consensus mit der Entgegnung: „daß besondere Verabredung die Sache verändern könne, sey von keinem Juristen noch verkannt worden ꝛc.“ beseitigt glaubt, ist nicht abzusehen. Es ist mir nicht in den Sinn gekommen, anzunehmen, ein Jurist bestreite die Kraft solcher Beredungen. Ich habe Arch. Bd. 17. S. 94. 95. u. a. nicht Vertragsklassen, wie nur besondere Verabredungen sie schaffen könnten, aufstellen wollen, sondern die Verträge nach dem Vertragswillen, wie solcher aus der Natur eines jeden Vertrages oder aus besonderer Verabredung sich erkennen lasse, in Klassen geschieden. Der von mir zu beachten empfohlene mutuus consensus umfaßt ja nicht blos jene ausdrücklichen Einigungen, sondern auch den nach den Bestimmungen über die Naturalien der Verträge anzunehmenden Vertragswillen. Daß ich nur auf diese Weise verstanden seyn wollte, ergeben die für meine Vertragsklassen S. 95. 96. a. a. O. angezogenen Beispiele von Verträgen, welche ich nach ihren Naturalien einklassete. Der ausdrückliche Wille der Verabredung ist bisher minder, weil er die Augen schlug, übersehen worden. Der aus der Natur des Contracts zu schließende mutuus consensus aber hat dieses Schicksal vielfach erdulden müssen. — Wenn ferner Heerwart a. a. O. §. 7. S. 407. Note 34. die l. 58. §. 2. locati 19, 2. von einem Modalvertrage nicht verstehen will, weil die refectio fornacis etc., als Aequivalent des Empfangenen, eine wahre Gegenleistung sey, so scheint mir sein Grund nicht schlagend. Wo die Gegenleistung so, wie im Falle der l. 58. §. 2. cit. der Zweck der Leistung ist, dann möchte die Modalqualität des Vertrages nicht zu bestreiten stehen. Obschon die Gegenleistung zugleich auch die Leistung vergütet, so liegt der Vortheil für den Empfänger doch unverkennbar in der Vorschußleistung der Vorauszahlung zur Herstellung des Ofens ꝛc., welche ihm dadurch ermöglicht, mindestens erleichtert werden soll. Daß die von Heerwart Note 34. cit. noch angeführten Beispiele Modalverträge nicht enthalten, ist richtig; sie sind aber auch von dem Falle der l. 58. cit. sehr verschieden, da bei ihnen nichts gegeben wird, um zu einem bestimmten Zwecke vom Empfänger verwendet zu werden, oder überhaupt damit zu demselben zu wirken, was doch für die Existenz eines modus wesentlich ist. l. 17. §. 4. D. de cond. et dem. 35. l. l. 17. §. 2. l. 44. D. de manum. test. 40. 5. Der Fall der l. 6. D. 19. 5. ist jedoch allerdings von einem Modalvertrage zu verstehen, wenn man ihn nur anders übersetzt, als H.

Völlig verschiedener Meinung dagegen ist er noch rücksichtlich meines oben unter B. genannten Hauptsatzes. Mit diesem Controverspunkt wollen wir uns daher nunmehr beschäftigen.

§. 3.

Für die Behauptung, die exc. n. i. c. sey eine wahre Einrede, sollen folgende Gründe entscheiden:

a) Während schon bedenklich machen müsse, daß Paulus in l. 5. §. 1. de doli exc. 44, 4. sich nicht begnüge, die exceptio redhibitionis zu geben, sondern auch der *exceptio* mercis non traditae als Schutzmittel erwähne, so nenne doch unter Verhältnissen, bei denen nur die ursprünglichen Vertragsrechte die Norm gäben und an ein die Vertragsrechte umgestaltendes factum nicht zu denken sey, die l. 25. D. de act. emti 19. 1. und die Stelle in Gajus Inst. Com. Lib. IV. §. 126. unsern Einwand ausdrücklich eine exceptio, welche offenbar auch nur in l. 34. §. 3. D. de contr. emt. 18. 1. angedeutet erscheine.

b) Wer die vorgängige Erfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers als eine Voraussetzung der Verbindlichkeit des Verklagten betrachte, vorher das Daseyn der letztern ganz leugne, könne die zweiseitigen Verträge nicht mehr für Consensualverträge ansehen, sondern müsse dieselben unter die Kategorie der Realverträge stellen; wogegen wider die Annahme, daß die klägerische Vorleistung nicht die Verbindlichkeit selbst, sondern nur die Fälligkeit der Leistung des Beklagten bedinge, zu berücksichtigen stehe: daß alle Verabredungen, durch welche die Erfüllungspflicht des einen Contrahenten (das dies venit) auf einen gewissen Zeitpunkt hin-

---

a. a. O. gethan hat. Die Herstellung des einen Hauses war der Zweck der Ueberlassung des andern. Das Recht durch die letztere war mit der Einschränkung der Verpflichtung zur erstern umkleidet (Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts §. 111. u. Note 1. ib.), folglich sub modo constituirt.

ausgeschoben werde, gleichgültig, ob sie gleichzeitig mit dem Hauptvertrage oder später erst geschlossen worden, nach l. 27. §. 1. D. de pact. 2, 14. l. 56. D. de cond. indeb. 12, 6. l. 55. de V. S. 50, 15. u. §. 10. J. de except. 4, 13. als Nebenverträge zu betrachten seyen, welche eine exceptio begründeten, die vom Beklagten besonders geltend gemacht werden müsse; weshalb auch die Behauptung geschehener Aufkündigung des Darlehns nicht zum Klaggrund gehöre, sondern nur Gegenstand einer Replik seyn könne [5]).

c) Weniger aus Heerwart's Entwickelungen als aus andern Schriftstellern [6]) über unsern Gegenstand ist als dritter Grund hinzuzufügen: Wer aus einem zweiseitigen Vertrage belangt werde, habe das Recht zur Compensation wie Retention, er mache mit der exc. n. i. c. nur eine Gegenforderung geltend, welche, wenn sie disparis generis sey, mindestens zum Retentionsrechte befuge.

d) Die Heerwartsche Ansicht bei unserer exceptio und daß ihr die Gegenforderung des Beklagten zu Grunde liege, und was zur Begründung dieser gehöre, vom Beklagten nöthigen Falls bewiesen werden müsse, scheine sehr durch l. 39. D. de solution: 46, 3. unterstützt zu werden [7]).

---

5) Zu den unter a. u. b. angeführten Gründen vergleiche man Heerwart im Arch. Bd. 18. S. 391 — 393. 399. 400 — 402. col. Bd. 7. S. 343-347. Bd. 14. S. 217. Albrecht, Preisschrift über die Exceptionen S. 178.

6) Jul. Volkmann diss. de exc. non adimpleti contractus. Lips. 1829. §. 2. und 9. S. 30. Bethmann-Hollweg Versuche. Berlin 1827. S. 343. 344. Heffter in der II. Ausg. zu Webers Verbindlichkeit zur Beweisführung. Halle 1832. S. 287. 288. J. A. M. Albrecht Preisschrift über die Exceptionen des gemeinen deutsch. Civilproz. München 1835. S. 189. 190. Brandis in der Zeitschrift f. Civ. R. u. Proz. Bd. 7. S. 137.

7) Brandis in Schunck's Jahrbüchern Bd. 17. S. 205. und in der Zeitschr. für Civ. R. und Prozeß. Bd. 7. S. 137. Auch Heerwart im Archiv Bd. 18. S. 393. u. 403.

§. 4.

Der gewichtigſte Inhalt des Grundes a. im vorigen §. iſt der Ausdruck „exceptio“ in l. 25. D. 19, 1. und Gaj. Inst. L. IV. §. 126.

Soll der Ausdruck „exceptio“ in Stellen des Römiſchen Rechts ein bindender Beleg für die gegentheilige Meinung ſeyn, ſo wird der Nachweis nothwendig, daß die exceptio der Römer gleichbedeutend ſey mit dem, was wir nach unſern Prozeßgrundſätzen „Einrede“ nennen. Heerwart hat gegen die Ausführungen von Lang dieſe Nachweiſung zu liefern verſucht [8]). Allein, obſchon ich den Anſichten von Lang in dieſer Beziehung nicht überall zuſtimmen kann, namentlich mit Heerwart ganz einverſtanden bin, daß die Römiſche exceptio keineswegs alle Vertheidigungsmittel des Beklagten umfaßt und des Charakters der Selbſtſtändigkeit nicht ermangelt, daß ſie vielmehr einem an ſich nach Civilrecht begründeten Klagrechte als davon verſchiedener Thatumſtand entgegengeſtanden habe [9]), ſo vermag ich doch nicht

8) Lang, Abh. über die Einrede des nicht erfüllten Contractes. Regensburg 1829. §. 7. 8. 9. Heerwart Arch. Bd. 14. S. 210 — 235.

9) Die exceptio ſtand ja einem nach ſtrengem Civilrecht begründeten Anſpruche um ſo gewiſſer als ein ſelbſtſtändiges Verhältniß gegenüber — Gaji Inst. B. IV. §. 116. Tit. *Inst.* de except. 4, 13. l. 7. §. 14. D. 42, 4. Bayer, Vorträge zu Martins Civilproz. S. 251. Albrecht, über Exceptionen. §. 5. S. 10. §. 6 S. 29. in fin. §. 7. S. 37. Nr. 11. Knappe, Verſuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen. München 1835. §. 7. S. 17. §. 10. S. 23. in fin. §. 22. S. 51. in fin. — als ſie Thatumſtände befaßte, welche vor dem Civilrechte überhaupt oder mindeſtens in concreto keine Bedeutung hatten und dieſe erſt im Prozeſſe vom Prätor beigelegt erhielten, wenn der Beklagte ſie der civilis actio entgegenſtellte. Zimmern, Rechtsgeſchichte Bd. III. §. 92. Bayer a. a. O. S. 252. Albrecht a. a. O. §. 2 S. 6. §. 5. S. 11. Nr. 2. S. 12. 14. princ. S. 15. §. 7. S. 33. §. 9. S. 45. Knappe a. a. O. §. 8. S. 19. §. 9. Sie umfaßte auch nur die von der Verleihung des Prätors abhängigen Vertheidigungsmittel, keineswegs aber die vom Civilrechte ſelbſt

zuzugeben, daß Alles (wie Heerwart Arch. Bd. 14. S. 226. 227. ſich ausdrückt), was die Römer zur exceptio geſtempelt haben, heutzutage noch für eine wahre Einrede zu halten ſey. Ich muß hier auf rechtsgeſchichtliche Entwickelungen eingehen, die ich früher, lediglich auf die Waffe aus meiner Theorie über die Reihefolge der Leiſtungen beim Kaufvertrage und aus der Beleuchtung der Geſetzesfälle mich verlaſſend, überging.

Alles ruht hier auf der richtigen Auffaſſung der Selbſtſtändigkeit, welche der Klaggrund gegenüber der exceptio und die exceptio gegenüber der actio einnahm.

Dem Altrömiſchen Civilrechte lag das rein formelle Princip zum Grunde; materielles Recht, welches nicht in eine der beſtimmteſten Formen eingekleidet war, war dem Römer kein Recht; wer die Form für ſich hatte, hatte auch das Recht für ſich, mochte dieſes auch dem natürlichen Rechtsgefühle noch ſo ſehr widerſtreiten. Dieſen Mißſtand zwiſchen formellem und materiellem Rechte auszugleichen, wirkte der Prätor in dem jure honorario; er ſuchte das Uebergewicht der rechtlichen Formen über das materielle Recht zu ſchwächen, durfte dabei jedoch das Civilrecht nicht verletzen, daher dem materiellen, civilrechtlich nicht begründeten, Rechte nicht allgemeine geſetzliche Gültigkeit, ſondern nur die Kraft der Ausnahme gegen die Regel im einzelnen Rechtsfalle durch die Gunſt des Prätors zu Theil wurde. Aus einer ſolchen ausnahmsweiſen Gunſt trat die exceptio, und darum begreiflich dem jus civile gegenüber ſelbſtſtändigen Gehaltes, in das Leben [10]). Mag nun auch, was früher als Gunſt und Aus-

angegebenen, die civilrechtlichen Defenſionen, und war darum neben letztern nur eine zweite Gattung der Vertheidigungsmittel. Bayer a. a. O. S. 252. Nr. 1. Albrecht a. a. O. §. 5. S. 11. 15. 18. med. Knappe a. a. O. §. 8. 22. 26. Heffter, Inſtitutionen des Civilprozeſſes S. 91 — 99.

10) Zimmern, R. Geſch. III. §. 91. Bayer, Vorträge S. 251. Albrecht a. a. O. §. 1. 3. 4. 5. S. 15. Knappe a. a. O. §. 1. 7.

nahme gewilligt wurde, im ſpätern R. R. mehr wie Recht und Regel angeſehen worden ſeyn, und immer mehr eine Gleichſtellung mit der civilrechtlichen defensio errungen [11]), oder mag auch im neueſten R. R. fortan immer der alte Unterſchied zwiſchen exc. und civilrechtlicher defensio nicht blos den Worten nach, ſondern auch in materieller Beziehung fortbeſtanden haben [12]), was ich alles hier nicht entſcheiden will: ſo iſt mindeſtens doch ſo viel gewiß, daß niemals ein völliges Durchdringen beider Elemente Statt fand, wodurch beide in einander ganz aufgegangen wären, daher uns auch nach der verbalen Darſtellung der Sache das Verhältniß des materiellen Rechtes zum formellen, der aequitas zum jus civile, in der Juſtinianiſchen Compilation der Römiſchen Geſetze, noch in Altrömiſcher Weiſe entgegentritt, ſo daß auch der Ausdruck „exceptio“ in den Römiſchen Geſetzen immer und ſelbſt dann noch die alte geſchichtliche Erklärung hat, wenn er auch, inconſequent mit dem Grunde ſeiner Entſtehung, für einen Einwand gebraucht worden ſeyn ſollte, welcher nach Altröm. Civilrechte keine wahre exc., ſondern eine civilrechtliche Defenſion bildete [13]). Dieſe urſprünglich materiell und ſpäter allermindeſtens noch verbal hervortretende Differenz zwiſchen jus und aequitas hatte hinſichtlich der Selbſtſtändigkeit der actio und exceptio die Folge, daß die actio nach strictum jus zwar vollſtändig begründet war, und die exceptio ihren eigenen Gehalt aus der prätoriſchen aequitas ſchöpfte; allein das jus ſchob manches in die Sphäre der Einreden, deſſen Subſtrat, wenn es civile Bedeutung gehabt hätte, zum Klaggrundgebiet gekommen ſeyn, und darum

---

11) Bayer, Vorträge S. 252. Albrecht §. 10 — 19. Schweppe, Rechtsgeſch. §. 168. 258. 577.

12) Zimmern R. Geſch. III. §. 91. 96. a. E. Heffter Inſtit. S. 96. 97. Knappe a. a. O. §. 26. 27. col. §. 15 — 19 u. 22.

13) Zimmern, R. Geſch. III. S. 286. Bayer, Vorträge S. 253. Albrecht a. a. O. §. 17. 18. S. 82 — 86. §. 36. S. 176. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts. §. 137. Note 1 a).

in der dagegen gerichteten Rüge nur zur Beſtreitung des Klagrechtes geführt, nicht aber Stoff zu einer exceptio gegeben haben würde. Die Schonung des Civilrechts, welche der Prätor beobachten mußte, litt es nicht, einen incivilen Thatgrund als eine Prämiſſe eines civilrechtlichen Klaggrundes zu behandeln. Darum blieb exceptio, was nach freierem Rechtsgefühle, hätte es das strictum jus nicht gefeſſelt, Bedingung des Klagrechtes geworden wäre [14]). So berückſichtigte der Richter bei der actio ex stipulatu jede in die Stipulation nicht aufgenommene Zeitbeſtimmung oder Bedingung nach strictum jus keineswegs, wenn der Prätor ope exceptionis dilatoriae ihnen nicht Wirkung ſchaffte. Waren ſie dagegen in die stipulatio aufgenommen, ſo kam es gar nicht zur actio [15]). Eben ſo konnte bei dem Nichtempfang des Darlehns der ſtipulirten Rückzahlung nur durch eine exceptio non numeratae pecuniae ausgewichen werden, und dieſem analog nannte man das Schutzmittel gegen ein die Rückzahlung eines re vera doch nicht empfangenen Darlehns verſprechendes, chirographum, dem eine stipulatio nicht zum Grunde lag, ebenfalls exceptio non numeratae pecuniae [16]). Daſſelbe gilt auch von der einer Quittung entgegengeſtellten Erinnerung der nicht empfangenen Zahlung, die in den Ge-

14) Albrecht a. a. O. §. 7. S. 36. 37.

15) Knappe a. a. O. §. 2 S. 7. col. §. 5. u. 11. Albrecht a. a. O. S. 81. Zimmern, R. Geſch. III. S. 294. §. 95.

16) Albrecht a. a. O. §. 2. S. 6. S. 35. Note. 3. §. 17. S. 77. §. 36. S. 173. Bethmann-Hollweg, Verſuche. S. 344. Knappe, §. 42. S. 105. Aus den von Heerwart Arch. Bd. 14. S. 215 angegebenen Gründen kann die exc. n. n. p. wohl nicht exceptio genannt worden ſeyn, weil Anfechtung eines Beweismittels doch wohl nicht Einrede gegen eine Klagforderung genannt werden konnte, und auch nicht wurde. B.-Hollweg Handbuch des Civilproz. S. 265 ff. Albrecht a. a. O. S. 81. Nr. 5. Es würde dieſes auf einen ganz andern Namen, welcher ſich mehr auf die Anfechtung der Urkunde, als die Ableugnung des Klaggrundes bezogen hätte, geführt haben. Lang, über die Einrede des n. erf. Vertr. S. 23. Note 2.

ſetzen auch exceptio oder — was dem in dieſer Rückſicht gleich iſt — replica non num. pec. (Antierception) genannt wird. Aehnlich war es nicht minder rückſichtlich der exceptio non numeratae dotis [17]). Die exceptio doli generalis, welche jeder unbilligen Forderung entgegengeſtellt werden, und darum jede exceptio in ſich aufnehmen konnte, auch für unſere exc. n. i. c. in den Geſetzen häufig die Firma iſt, muß vor Allem die exceptio geweſen ſeyn, mittelſt welcher nicht ſelten Thatgründe, welche Ableugnung des Klaggrundes gebildet haben würden, ſobald ſie civilrechtliche Gültigkeit genoſſen hätten, gerügt wurden [18]). Finden wir ſpätere Geſetzesſtellen, in denen das Wort „exceptio" für einen Einwand gebraucht worden iſt, welcher nach Altrömiſchem Civilrechte eine civilrechtliche Defenſion bildete [19]), ſo muß uns dieſes um ſo bedenklicher über den Sinn und die Bedeutung des Wortes „exceptio" in den Römiſchen Geſetzen werden laſſen.

§. 5.

Anders verhält es ſich nun aber mit der Rechtsverwirklichung nach deutſchen Rechtsgrundſätzen. Während, wie wir ſehen, im R. R. urſprünglich ein völliges Voneinanderſtehen und ſpäter nie ein völliges Durchdringen der beiden Elemente des Rechts, des jus civile und der vom Prätor mit rechtlichen Wirkungen umkleideten aequitas, Statt fand, hinderte dagegen den deutſchen Richter kein formelles Recht, nach dem Rechtsgefühle zu ſprechen. Das Deutſche Recht war kein Abdingen des materiellen Rechts vom formellen; das Verwirklichen des erſteren war gleich urſprünglich das waltende Princip, daher auch die Einrede im deutſchen Rechte

17) Albrecht a. a. O. §. 17. S. 78. col. §. 6. S. 28. ff. Thibaut Syſt. ed. 5. §. 1180. l. 14. §. 2. Cod. de n. n. pec. 4. 30. Nov. C. pr. l. 3. Cod. de dote cauta non numerata 5. 15.

18) l, 2. §. 5. l. 12. D. de dol. mal. exc. *Gajus* Inst. L. IV. §. 119. l. 7. §. 11. de pactis. Albrecht a. a. O. S. 25. u. 75.

19) Siehe oben Note 18.

einen völlig andern Charakter haben mußte, als den der exceptio, der Ausnahme von der eigentlich Recht nur spendenden Regel. Klage war Regel und Einrede war Regel, nur daß die eine Regel für den Kläger und die andere für den Beklagten sprach. Wie Satz und Gegensatz sich nicht wie Regel und Ausnahme, sondern beide nur als Sätze zu einander verhalten, von denen der eine nur den andern aufhebt, so verhalten sich auch Klage und Einrede nach Deutschem Rechte. Die Einrede erborgte nicht von der Gunst eines prätorischen Rechtssinnes ihre Existenz, die wieder dahin starb, sobald sie im Streitfalle dem Rechte zur Erscheinung geholfen; der Einrede Gehalt war nur die Anwendung des gesetzlichen dauernden Rechtssatzes desselben Civilrechtes, aus dem die Klage ihr Fundament entnommen hatte. Gleichen Charakter haben auch die Bestimmungen des Canonischen Rechtes, in welchem sich der Gegensatz zwischen strictum jus und aequitas nicht findet und überhaupt das materielle Recht der Zielpunkt ist [20]). Das Deutsche und Canonische Recht hat dem zu Folge Principien zu seiner Hauptgrundlage genommen, welche denen völlig entgegengesetzt waren, die der Römischen exc. ihre Entstehung gegeben hatten; und da diese Principien im Deutschen Rechte herrschend blieben, nachdem das R. R. in dasselbe eingedrungen war (was dadurch belegt und erklärt wird, daß zu jener Zeit im R. R. selbst das Streben nach materiellem Rechte, nach Ueberwindung der einengenden Fesseln des alten Formenrechtes, übermächtig geworden, auch die Römische Gerichtsform in Deutschland nicht recipirt worden war), so kann man es auch nur als eine durchaus unzulässige Inconsequenz betrachten, wenn die Bearbeiter des R. R. auf Deutschem Boden die Römischen Grundsätze über actio civilis und exceptio für das Deutsche Prozeßrecht noch als Richtschnur annehmen wollten und sogar im Canonischen Rechte abgespiegelt glaubten, nicht zu ge-

20) Knappe a. a. O. §. 28. 29. 35. 39. Albrecht a. a. O. §. 20. 27.

denken, wie höchſt unrichtig und verſchieden dieſe Römiſchen Grundſätze obendrein von ihnen aufgefaßt wurden [21]). Von dem Römiſchen Inſtitute der Exceptionen iſt durch dieſe Bearbeitung des R. R. auf Deutſchem Boden nichts als der Name „exceptio“ in unſer Deutſches Prozeßrecht gekommen, der jedoch begreiflich jetzt völlig anders definirt werden muß, als nach der Bedeutung ſeiner Römiſchen Entſtehung, und alle Einwendungen des Beklagten gegen die Klage umfaßt, ohne Rückſicht auf frühere Unterſchiede zwiſchen Römiſchen civilrechtlichen Defenſionen und prätoriſchen Exceptionen, wenn ſie nur nicht zum Gebiete der Einlaſſung auf die Klage gehören [22]).

§. 6.

Die nothwendige Folge der Entwickelungen im §. 4 und 5. iſt: wollen wir jetzt beſtimmen, welche Thatumſtände gehören zum Klaggrund dieſer oder jener actio, und welche ſind Einreden, ſo kommen wir auf Fehlwege, wenn wir das Detail der Römiſchen rechtlichen Beſtimmungen darüber zur Richtſchnur nehmen wollen. Bei allen ehemaligen wahren Exceptionen muß jetzt lediglich die factiſche Beziehung zum Klaggrunde erwogen, und unterſucht werden, ob der Beweis dieſer Vertheidigungsgründe nach den Römiſchen Grundſätzen über civilrechtliche Defenſionen und prätoriſche Exceptionen auch in dem Falle den Beklagten getroffen haben würde, wenn dieſelben damals ſchon ipso jure zugeſtanden, wenn ſie keine prätoriſchen Schutzgründe geweſen wären [23]). Man kann entgegnen: wie ſollen wir die Antwort auf ſolche Fragen finden? werden wir uns nicht ſelbſt hintergehen mit einer Antwort, welche wir den in concreto gehegten Wün-

21) Albrecht a. a. O. §. 20—32. u. 33. ff. Knappe a. a. O. §. 28—38. u. 39. ff.

22) Albrecht a. a. O. §. 21. 33. Knappe §. 28. S. 69. §. 39. S. 98. 99.

23) Albrecht a. a. O. §. 86. S. 176. §. 88. S. 185.

ſchen gemäß modeln können, da Römiſchrechtliche Beſtimmungen die Frage nicht beantworten und Deutſchrechtliche Vorſchriften über das, was in concreto Klag- und Einrede-Grund ſey, ausdrückliche Hinweiſung faſt niemals geben? Hiergegen iſt jedoch zu erwiedern: Zur Begründung des Satzes, daß nicht Alles, was die Römer für exceptio erklärten, eben darum, weil es bei den Römern exceptio geweſen, auch jetzt noch für Einrede gehalten werden müſſe, reicht die entwickelte große Verſchiedenheit des Charakters der Rechtsverwirklichung im Römiſchen und Deutſchen Prozeßrechte hin. Entnehmen wir auch aus Römiſchrechtlichen Entſcheidungen, was überall rechtliche Würdigung verdiene, was zur Geltung im Rechtsgebiete zu erheben ſey, ſo gehen wir doch hinſichtlich der Form, durch welche dieſe Geltung erſtrebt wird, einen völlig andern Weg, als die Römer; und dieſer Form nur gehört es, das Rechtsmaterial in die Fächer Klage, Einrede, Replik ꝛc. zu vertheilen. Die Rückſichten, welche uns bei dieſer Vertheilung leiten müſſen, ſind, wo gültige poſitive Beſtimmungen die Norm nicht geben, aus Rechtsprincipien zu entnehmen, die uns ja doch auch nicht mangeln, auch wo und wenn das R. R. nicht entſcheidet. Und warum ſollen wir denn nicht fähig ſeyn, zu beurtheilen, was der Römer zum Grunde der Klage und Inhalt der Einrede gerechnet haben würde, wenn er im Gebiete ſeiner Rechtsverwirklichung ſich ſo frei von formeller Feſſel gefühlt und wie der Deutſche Richter nur die Würdigung des materiellen Rechtes als Maaßregel richterlich zu verfolgen gehabt hätte? Warum ſollen wir nicht, was das materielle Recht im Gegenſatz zum formellen mit ſich bringe, erforſchen können? ich denke ſo gering von der Kraft des Deutſchen Geiſtes nicht, mich erinnernd, wie viel Hohes und Großes er im Reiche der Wiſſenſchaften ſchon leiſtete. Es gilt mir hier nicht als Aufgabe, den Begriff von Einrede nach Deutſchem Rechte zu geben; es iſt genug, nachgewieſen zu haben, daß für die Beſtimmung, was jetzt Einrede ſey, nicht entſcheiden könne,

ob ein Römiſches Geſetz das fragliche Verhältniß eine exceptio nenne. Bayer[24]) nennt hiermit gleichdenkend die Lehre, Einrede ſey Alles, was irgend wo in einem Römiſchen Geſetze exceptio genannt wird, eine auf gar keinem Principe beruhende, eine troſtloſe. — Daß nach unſern Prozeßgrundſätzen die Zeitbeſtimmung oder Bedingung, von welcher eine Forderung abhängig iſt, ein zum Klaggrund gehöriges Verhältniß bilde, werden wir ſpäter ausführlicher berühren; eben ſo unwiderſprechlich bildet die exc. non num. pec. vel dotis jetzt nur eine Ableugnung des Klaggrundes, ſo wie auch der Einwand nicht empfangenen Geldes gegen Quittungen nur eine negative Einlaſſung auf die Behauptung der Zahlung iſt[25]).

§. 7.

Wider das Bisherige entlehne ich aus Heerwart's Erwiederungen gegen Lang folgende Erinnerungen[26]), 1) exceptio habe nicht überall auf dem Gegenſatze der Billigkeit gegen das ſtrenge Recht beruht, wie die exceptiones gegen die ſelbſt nur auf Billigkeit beruhenden actiones bonae fidei zeigten, wo von einem Gegenſatz gegen ſtrenges Recht nicht die Rede ſeyn könnte. 2) Da es bei den actbs. bon. fid. (quia judicium b. f. in se continet doli mali exceptionem, oder doli exceptio b. f. actioni inest) gar nicht nöthig geweſen ſey, die exc. in die formula praetoris aufzunehmen, der Richter vielmehr die erſt in judicio vorgebrachte exc. doch habe beachten müſſen, ſo ſey der formelle Unterſchied zwiſchen

---

24) in ſ. Vorträgen S. 253 bis 256. Siehe auch Linde in d. Zeitſchr. für Civ. R. und Proz. Bd. I. S. 148 — 154 und deſſen Lehrbuch des Civilproz. S. 158.

25) Linde in der Zeitſchr. f Civ. R. u. Proz. Bd. I. S. 110. ff., deſſen Lehrbuch des Civilproz. §. 256. Note 33. Martin, Lehrbuch des Proz. ed. 11. §. 128. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civ. R. III. §. 244.

26) Arch. f. civ. Pr Bd. 14. S. 223 ff.

ipso jure und ope exceptionis zuſtehenden Schutzmitteln ſchon lange nicht mehr das charakteriſtiſche Merkmal der Exceptionen geweſen; dennoch aber ſey der Ausdruck „exceptio“ auch bei b. f. judiciis im Gange geblieben und habe ſich erhalten, als der Unterſchied zwiſchen magistratus und judex ganz aufgehört habe, und eine formula judicii gar nicht mehr vorgekommen ſey, welcher die exc. in Geſtalt einer Ausnahme hätte einverleibt werden können. Hieraus ſey zu entnehmen, daß das Weſen der Röm. exceptio nicht lediglich in jener Ausnahme vom civilen Rechte, ſondern auch darin zu ſuchen ſey, daß der Beklagte ſie habe vorſchützen und beweiſen müſſen. In dieſem letztern Umſtande habe die exc. nicht allein mit den civilrechtlichen Römiſchen Defenſionen übereingeſtimmt, ſondern treffe auch darin mit den Einreden unſeres Prozeßrechtes völlig zuſammen; es ſey folglich hierin die Nothwendigkeit zu erkennen, noch jetzt Alles zu den Einreden zu zählen, was die Römer zur exceptio geſtempelt hätten. — Ich füge im Geiſte dieſer Erinnerungen, ſie erweiternd, noch hinzu: 3) bei den judiciis bon. fid. ſcheine nicht zuzutreffen, daß exceptio geworden, was Ableugnung des Klaggrundes geweſen ſeyn würde, wenn es civile Bedeutung gehabt habe, da bei ihnen nichts gehindert zu haben ſcheine, ſogleich den Klaggrund ganz nach der Billigkeit zu erweitern*). Inſoferne nun der Kaufvertrag ein contract. bon. fid. geweſen ſey, inſoferne ſcheine der Ausdruck „exceptio“ in der l. 25. D. cit. 19. 1. und in Gaj. Inst. IV. §. 126. eine Nöthigung zu enthalten, die klägeriſche Nichterfüllung als eine wahre Einrede zu betrachten, da er hier aus dem Gegenſatze zwiſchen ſtrengem Rechte und Billigkeit nicht hervorgegangen zu ſeyn, ſondern der Natur der vertragsrechtlichen Verhältniſſe entſprochen zu haben ſcheine.

Alle drei Bedenken erledigen ſich jedoch durch folgende Erwägungen.

---

*) Albrecht a. a. O. S. 178. Note 9.

Indem der Prätor und ſpäter ſelbſt die geſetzgebenden Gewalten im Staate durch das jus honorarium und senatus consulta, Constitutiones dem materiellen Rechte (der aequitas) den Sieg über das formelle Recht (jus civile) zu verſchaffen ſich bemühten, galt ihnen doch immer nach wie vor als erſte Bedingung, jede formelle Verletzung des jus civile zu vermeiden. Die Folge davon war, daß, wenn auch Billigkeit Klagen ſchuf, in deren formula dem Walten der aequitas Raum gegeben wurde (z. B. actiones bon. fid. arbitrarias), ſo ging dieſes Walten doch hauptſächlich nur auf die Schöpfung freierer Befugniſſe des *judex* zu Gunſten des materiellen Rechtes, während im Uebrigen das Verfahren, wodurch der Billigkeit gegen ſolche Klagen Einwirkung gegeben wurde, daſſelbe wie bei den negotiis stricti juris blieb. Ein Gleichhalten in der Behandlungsweiſe blieb bis auf die neueſten Zeiten, wo alle urſprünglichen Veranlaſſungen dazu weggefallen waren [27]). Die den negotiis bon. fid. zum Grund liegenden Rechtsverhältniſſe wurden nämlich in das jus civile recipirt [28]), ſo, daß ſie, obſchon blos nach der Art des jus gentium eingedrungen und gelöſet, doch wie nach der Form des Civilrechtes begründet und wieder aufgehoben angeſehen wurden. Die von dem Prätor und den Staatsgewalten zur Geltung gebrachten factiſchen Verhältniſſe erhielten die Geltung nur nach den Formen, die überall für die Geltendmachung des Rechts vorgezeichnet waren, was auch bei den negot. b. f. zur exceptio und für weitere Gegengründe zu replicis, duplicis führen mußte; ja ſelbſt die durch SCTA und leges gelieferten Einreden waren nur auf die Weiſe der wahren prätoriſchen exc., durch Hülfe des Prätors, der ihnen erſt Eingang in judicio ſchaffte, zu nützen [29]). Wenn auch

27) Zimmern Rgeſch. III. §. 91. S. 286.

28) Heffter zu Gajus Inst. Lib. IV. S. 77.

29) Zimmern a. a. O. S. 285. 286. Albrecht a. a. O. S. 10. col. §. 6. S. 28. bis 33. Knappe §. 14. 17. 18.

bei der act. b. f. die ex aequitate vom judex zu beachtenden Einreden in der formula ausdrücklich nicht erwähnt zu werden brauchten [30]), so ging die Befugniß des Richters zu deren Beachtung doch in der That auch nur von der Gunst des Prätors, der von ihr der formula beigefügten Clausel (ex fide bona, — quod aequius melius — ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione) [31]) aus. Gerade in dieser aus der allgemein gehaltenen, vom Prätor gegebenen Instruction fließenden Befugniß des Richters, alle Rücksichten zu nehmen, welche die Billigkeit fordere, bestand ganz besonders das Wesen der bon. fid. judicia [32]). Unter solchen Umständen kann der Ausdruck „exceptio" für Einreden gegen die act. b. f. keineswegs auffallen; auch hier war er ja nur Folge der Rücksicht auf den Unterschied zwischen jus civile und aequitas, die nicht blos auf formelle Gleichheit in der Entstehung und dem Namen, sondern selbst auf Gleichheit des Inhaltes der exc. bei judic. b. f. wie stricti juris hinwirkte. Denn es tritt noch folgendes Gewichtige hinzu. Die officio judicis zu beachtende Einrede war eine solche, welche bei andern judiciis nur als wahre (d. h. der Formul adjicirte) Exception berücksichtigt werden durfte [33]); was daher bei andern judiciis als Exception nur entgegen treten konnte, be-

30) Es wurden jedoch bei diesen judiciis Exceptionen in die Formel allerdings aufgenommen. Zimmern, Rgsch. III. §. 53a. Hefftter, Instit. S. 280. Note 25., nur war es für ihre Beachtung nicht nothwendig.

31) Heffter zu Gaj. Inst. IV. Cap. XV. S. 77. 78.

32) Mackeldey, Lehrbuch des R. R. ed. 10. §. 197a. *Holtius* hist. jur. rom. lineamenta. 1830. S. 148. *Stever* de summar. roman. judicio, seu de stricti jur. et b. f. actionibus. Lips. 1822. §. 2. Zimmern, Rgesch. III. §. 60. 63a. Heffter, Instit. S. 390. und zu Gaj. l. l. S. 77. Glück Com. IV. S. 251. ff. Schweppe R. Priv. R. ed. IV. §. 162. Mühlenbruch Lehrb. des Pandectenrechts §. 138. Hugo Rgesch. §. 243. Sintenis im Rhein. Museum I. S. 170. ff. Albrecht und Knappe a. a. O., siehe oben Note 29.

33) Zimmern, Rgesch. III. §. 91. S. 285. und §. 94.

hielt auch bei judiciis bon. fid. den exceptiviſchen Charakter. Der Satz in lege 3. D. 18, 5. l. 7. §. 6. D. 2, 14. „exceptiones b. f. judicio insunt," belegt das Geſagte entſchieden. Er heißt: dem judicio b. f. gelten alle exceptiones als exceptiones von ſelbſt für gegeben, welche bei andern judiciis nur aus der formula entnommen werden müſſen; insunt judicio von ſelbſt, nicht per expressa verba praetoris, aber exceptiones ſind und bleiben ſie, weil es ſich hierbei doch nur von den Exceptionen handelt, die bei andern judiciis ex formula praetoris entnommen wurden. Machen wir hiervon Anwendung auf die oben §. 3. lit. a.) erwähnten Stellen des R. R., ſo finden wir: nach dem Civilrechte konnte keine gegenſeitige Forderung auf die andere eine die actio hemmende (auch nur in tantum aufhebende, bedingende) Einwirkung gewinnen [34]); ſollte ein ſolcher Einfluß beider Forderungen auf einander ſtatt finden, ſo mußte es ope exc. geſchehen [35]). Es wird darum auch in den von Heerwart citirten Stellen, welche doch offenbar nur den Einfluß gegenſeitiger Forderungen auf einander behandeln, die Geltendmachung der einen Forderung gegen die andere „exceptio" genannt. Ganz auf daſſelbe Reſultat kommt man, wenn man das Beziehen auf die jenſeitige Nichterfüllung des Vertrages nur für ein Hervorheben noch nicht eingetretener Fälligkeit der Klagforderung anſieht; denn auch eine ſolche Erwiederung führte ja bei stricti jur. jud. [36]) nur zur prätoriſchen exc., daher dieſelbe der Formgleichheit halber auch bei b. f. jud. nur als exc. zur Geltung kam. Daß man nach Wegfall der formula und des Unterſchiedes zwiſchen jus und judicium das, was ur-

34) Zimmern, Rechtsgeſch. III. §. 60. Heffter, Inſtit. S. 390. Albrecht a. a. O. S. 7. in f. S. 8. princ. Knappe a. a. O. §. 14. Not. 25. — §. 30. Inst. 4, 6.

35) Albrecht a. a. O. §. 2. 18, S. 87 — 98. u. 190. Heffter, Inſtit. S. 391. Zimmern, Rgeſch. III. §. 99. *Kraut* commentatio de argentariis cap. XII. S. 122. ff.

36) Siehe oben §. 4. Not. 15.

sprünglich in diesen Zuständen seine Entstehung erhalten hatte, selbst nachdem die aequitas in gleichsam civilrechtlicher Bedeutung hervortrat, noch immer exceptio nannte, beweist nur noch mehr die von jeher eingeübte Rücksicht auf die alten ursprünglichen Verhältnisse. Nach wie vor nannte man exceptio, was und weil es früher mit Recht so genannt worden war. Die Nothwendigkeit für den Beklagten, den Grund der exceptio zu beweisen, und die gleiche Pflicht des Beklagten im Deutschen Civilprozesse hinsichtlich der Einreden vermögen nicht zu belegen, daß dasjenige, was exceptio war, auch jetzt noch Einrede sey, da hierbei der Nachweis noch mangelt, daß alles, was sonst der Beklagte beweisen mußte, weil es das Civilrecht als Bedingung der Klage nicht anerkannte, er auch jetzt noch beweisen müsse.

§. 8.

Abgesehen von den Resultaten der rechtsgeschichtlichen Entwickelungen in §. 4 — 7. treten den Schlüssen aus l. 25. D, 19. 1. und Gaj. Inst. Lib. IV. §. 126. noch folgende Bedenken entgegen.

Schon S. 116. und 261. Zus. zu Note 20. Arch. Bd. 17 berührte ich, daß in l. 25. D. cit. von einem Falle einer wahren Einrede die Rede sey. Heerwart wirft mir Arch. Bd. 18. S. 392. deshalb vor, ich komme mit meinen eigenen Gründen dabei in Widerspruch; allein wo liegt denn in der lex 25. die Nöthigung zu der Annahme, daß der emtor die lectio uvarum nicht schon begonnen gehabt habe, welchen Falles das „prohibere“ unbezweifelt ein Rücknehmen des schon Tradirten involvirt, also eine ächte Einrede erzeugt haben würde. Sodann ist das prohibere jedenfalls mehr, als das einfache Nichterfüllen einer Pflicht; es ist eine positive Thätigkeit, welche als eine spätere der Vertragspflicht entgegentretende Handlung offenbar Stoff zur Einrede giebt. Daß schon die emtio und die in ihr liegende Gestaltung der

lectio dem emtor ein Klagrecht gab, iſt nicht zu leugnen [37]); wenn nun dieſem Rechte ſpäter entgegengehandelt wird, und der Beklagte will dieſe Handlung zu ſeiner Vertheidigung geltend machen, ſo iſt dieſes nicht ein bloßes Anführen der Nichttradition, ſondern ein Excipiren neuer Verſchuldungen des Klägers.

Es iſt hierbei noch Folgendes zu beachten. Bei der Tradition müſſen wir zwei Handlungen, die Hingabe von Seiten des Tradenten und die Apprehenſion von Seiten des Erwerbenden, unterſcheiden [38]). Die letztere iſt nur für die Folge des Eigenthumserwerbes erforderlich [39]), daher Tradition als einſeitige Uebergabehandlung auch ſchon angenommen wird, wenn auch Apprehenſion noch nicht dazu kam. Es iſt darum Uebergabe ſchon anzunehmen, wenn nur der Käufer, gleichgültig wodurch, in den Stand geſetzt wurde, den Beſitz der Sache zu ergreifen [40]). Auf das wirkliche Eingreifen von Seiten des emtor bei der Tradition iſt deshalb das Gewicht um ſo weniger zu legen [41]), als der emtor die res emta von Zeit des geſchloſſenen Kaufes an ſchon ſo gut, als die ſeinige anſehen kann [42]). Da der Käufer bei der emtio vindemiae *pendentis* die fructus pendentes propria auctoritate colligiren und reelle Tradition, eben weil die Früchte als *pendentes* gekauft wurden, gar nicht geſchehen kann [43]), bei der emtio in herbis der Käufer auch ſogleich Eigenthümer der herba wird [44]), ſo muß man beim Kauf der vindemia pendens die

37) l. 34. D. de dol. mal. 4. 3
38) Thibaut, Syſtem ed. 8. §. 214.
39) Glück, Com. Bd. 8. §. 582. S. 110 und 114. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civ. R. I. §. 172. II. §. 28. 30. ff.
40) Thibaut, Beſitz. S. 41. v. Savigny, Beſitz §. 16. Glück, Com. Bd. 16. S. 118. Bd. 8. S. 96. ff. Mackeldey, Lehrb. des R. R. §. 313.
41) v. Wening-Ingenheim a. a. O. I. §. 172.
42) l. 143. D. de verb. signif.
43) Gothofred ad leg. 25. D. 19, 1. not. f.
44) Cocceji jus controv. Lib. 18. tit. 1. qu. 6. n. 4. Struben rechtl. Bed. V. 98.

Uebergabehandlung von Seiten des Verkäufers in dem Zustande schon als geschehen annehmen, welcher auf Duldung der lectio im Kaufhandel selbst ging; sie ist in der wörtlich im Kaufvertrage liegenden Erlaubniß zur lectio erschöpft. Handelte nun der Tradent dieser Tradition später, prohibendo uvam legere entgegen, so nahm er revera nur wieder zurück, was er schon gegeben hatte und seine Handlung gab zu einer wahren Einrede die Veranlassung. Das „post traditionem" in leg. 25. cit. bezieht sich wortklar auf die Tradition, zu welcher körperliche Ergreifung später hinzugekommen war.

Die Stelle aus Gajus Inst. IV. §. 126. erregt folgende Zweifel gegen die von Heerwart aus ihr gezogenen Schlüsse. Auffallen müssen die Worte in ihr: „quae quidem est justa exceptio." Sie scheinen auf ein Verhältniß bei der vom Argentarius geleiteten Auction hinzudeuten, was von der sonstigen Regel beim Kaufe abweicht. Ueber das, was Rechtens war bei den Römern hinsichtlich der öffentlichen Versteigerungen und über das Verhältniß der Argentarien wissen wir leider nicht viel [45]). Allein daß gegen Argentarien um des öffentlichen Credits willen, welchen ihr unter der Autorität des Staates stehendes Geschäft behaupten mußte [46]), oft strengere, überhaupt vom gewöhnlichen Rechte abweichende Grundsätze gelten, ist bekannt [47]). Daher aus einer Stelle, die sich nur über ein Rechtsverhältniß zu ihnen ausspricht,

---

45) v. Almendingen in Grolmans Magazin I. S. 310. ff. Heinemann, über Subhastationen §. 2. 3. 4. 32

46) l. 10. §. D. de edendo. l. 1. §. 9. D. de offic. praef. urb. Glück, Com. Bd. 12. S. 125. 126. v. Almendingen a. a. O. S. 319 ff. Hubert disp. de argentar. Cap. III.

47) Glück, Com. Bd. 18. S. 365 – 372. Bd. 32. S. 326—333. v. Almendingen a. a. O. S. 319—350. Albrecht a. a. O. S. 87—94. Hasse im Arch. Bd. VII. S. 176. ff. Cujacius obl. Lib. X. cap. 14. S. 314. Zimmern, Rgsch. III. Bd. 99. Bethm.-Hollweg im Rhein. Mus. I. Jahrgg. 1827. S. 279 ff. Gajus Inst. IV. §. 61—68. lex 18. princ. D. 5, 3. Kraut de argentariis.

kein ſicherer Schluß zu ziehen iſt, daß dieſes Ausſpruches Inhalt überhaupt bei dem Kaufvertrage Rechtens geweſen ſey. Die Regel war wohl, daß nur gegen baare Bezahlung in Auctionen das Kaufobject abgeliefert wurde [48]); da nun aber hierbei doch alles davon abhing, wie die Betheiligten deshalb mit dem Argentarius es abgeredet und die Bedingungen mündlich oder ſchriftlich hatten bekannt machen laſſen [49]), ſo muß man nur um ſo mehr die Stelle in Gajus §. 126. cit. von einem exorbitanten Verhältniſſe, welches eine, wenn auch nur Römiſche exceptio erzeugte, verſtehen. Der als ſtatthaft erklärte Einwand mußte nach dem Geiſte des Röm. Prozeßrechtes eine exceptio genannt werden, weil er als ein der compensatio analoges Verhältniß, welches die Pflicht der Leiſtung mindeſtens temporär aufhob, ein von dem Römiſchen Civilrecht nicht anerkannter Grund der Klagaufhebung war, der alſo nur ope exceptionis geltend gemacht werden konnte, ebenſo wie die Entgegnung: „es ſolle nach dem Vertrage früher nicht tradirt werden, bis gezahlt worden ſey" im Geiſte des Römiſchen Civilprozeſſes von Gajus §. 126. cit. „replicatio" genannt wird. [50]).

Daß die l. 25. D. cit. und §. 126. Gaj. cit. von Fällen reden, bei denen Einreden erzeugende Zuſtände den urſprünglichen Vertragsverhältniſſen entgegentreten, iſt aus den Gründen zu ſchließen, welche Heerwart Arch. Bd. 18. S. 398. ff. anführt, um bei nicht gezahltem Kaufgelde die Ausdrücke der Geſetze wegen Mangel des Klagrechtes auf Seiten des Käufers zu erklären. Heerwart ſagt: „weil die Gegenforde-

48) l. 15. §. 7. D. de re jud. 42, 1. Plautus in Persa act. 4. sc. 3. vs 57. in Mennech. act. 5. sc. fin. in fine. Hubert cit. disp. cap. III. §. III.

49) Cujacius l. l. S. 314. med. Hubert l. l. §. I.

50) Zimmern, Rgeſch. III. §. 99. col. § 91. S. 285. in fin. Haſſe a. a. O. S. 159. Note 12. S. 167. ff. Schweppe röm. Priv. R. ed. IV. §. 628. Note 4. col. §. 183 d. Knappe a. a. O. S. 7. 26. 27. Albrecht a. a. O. S. 28. 33.

rung des Kaufgeldes aus dem Vertrage des Kaufes ohne Weiteres liquid gewesen, so sey es, sobald sie vorgeschützt worden, nie zum judicio gekommen, die Klage sey sogleich abgewiesen worden, wenn der Kläger nicht jene exceptio pretii prius solvendi durch Anbieten der Uebergabe beseitigt habe." Dieser Grund führt allerdings zur Erklärung der gesetzlichen Ausdrücke „nondum est ex emto actio" „nihil consequetur" und „non aliter tenet" [51]; er liefert jedoch zugleich auch den Beweis für meine Erklärung der l. 25. und §. 126. citt. Denn die auf Tradition der merx beim Kaufvertrage gerichtete Einwendung war ja nicht minder sofort durch den Kaufvertrag liquid. Ging diese Tradition mit der Zahlung des pretii Zug um Zug, oder handelte es sich in den citirten Stellen nur um die unterlassene Erfüllung der ursprünglichen Vertragspflicht: warum hätte es dann noch der Aufnahme des Einwandes in die formula als einer exceptio, die erst noch zu beweisen sey, bedurft? Bei liquiden Einreden kam es allerdings nicht zur formula der actionis datio [52]; die Gegenforderung des Kaufobjectes gehörte nun aber sicherlich so gut zu den liquiden Einwendungen, wie die des Kaufgeldes; sie also konnte zur im judicio zu verhandelnden exceptio nicht ausgestellt werden. Die fraglichen Stellen müssen demnach ein anderes Verhältniß vor Augen gehabt haben, als das aus dem ursprünglichen Kaufvertrage selbst sofort liquide.

§. 9.

Die von Heerwart zu Gunsten seiner Ansicht aus l. 5. §. 4. D. 44, 4. (siehe oben §. 3. lit. a.) abgeleitete Bedenklichkeit ist unbeweiskräftig, da zugegeben werden mußte, daß es sich in dem Gesetzesfalle um einen, eine wahre Einrede erzeugenden, Zustand handelte, was den Ausdruck „ex-

51) in l. 13. §. 8. D. de act. emti 19, 1. — l. 57. D. de aed. ed. 21, 1. und l. 31. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1.

52) Albrecht a. a. O. §. 6. Knappe a. a. O. §. 9.

ceptio“ völlig erklärt, während der Beiſatz „mercis non traditae“ aus der von mir Arch. Bd. 17. S. 116. Note 21. ſchon erwähnten geſetzlichen Fiction alle Bedenklichkeit verliert. Unter ſolchen, alle Bedenken aufklärenden, Umſtänden müßte es willkührlich erſcheinen, zu Gunſten einer Meinung die juridiſche Bedeutung der Worte außer Beachtung laſſen und nur den wörtlichen Sinn der gebrauchten Ausdrücke in Rückſicht nehmen zu wollen. Die lex 5. §. 4. cit. enthält eher einen Beleg für die von mir im §. 8. entwickelte Anſicht, daß den Fällen in l. 25. D. 19. 1. und 126. Gaj. cit. ebenfalls wahre Einreden erzeugende nova zum Grunde gelegen haben müſſen; denn hier wie dort begegnen wir dem Ausdrucke „exceptio“ bei Fällen der Nichttradition, in l. 5. §. 4. cit. aber bei einem offenbar aus dem Vertrage ſelbſt nicht ſofort liquiden Thatumſtande, der folglich als exceptio vom Prätor zur Beachtung ausgeſtellt werden mußte. Es wird hierdurch gewiß eine nicht ſchwache Vermuthung begründet, daß den wortgleichen Bezeichnungen auch eine ähnliche factiſche Veranlaſſung zum Grunde gelegen haben möge.

Die l. 34. §. 3. de contr. emt. 18, 1. anlangend, vermag ich auch in ihr nichts der Heerwartſchen Meinung Günſtiges zu erkennen. Daß der Käufer mittelſt „exceptio“ gegen den Verkäufer geſchützt ſey, hiervon ſteht in der lex ſo wenig als davon, ob der Verkäufer, wenn er Zahlung haben wollte, die er doch nach der lex nur gegen Tradition zu fordern berechtigt ſeyn ſollte, die Tradition in der Klage als Theil des Klaggrundes nicht mit habe anführen müſſen. Sodann handelt es ſich in ihr augenfällig um ein von dem Inhalte des Kaufvertrages verſchiedenes Verhältniß; der Kaufvertrag ging auf den Verkauf eines Sclaven, den der Verkäufer für einen furtivus eben nicht hielt. Von einem Verkaufe eines servus furtivus war alſo nicht die Rede; es war nicht Contract, daß die res furtiva dem Käufer, wenn man Zahlung haben wolle, mindeſtens übergeben werden müſſe; dieſes war nur die Folge der geſetzlichen Vorſchrift, welche für den er-

orbitanten Fall eines im Vertrage nicht bedachten und behandelten Verhältniſſes Maaßnahmen feſtſtellte. Es handelt ſich darum in der lex 34. §. 3. keinesweges um die Nichterfüllung der urſprünglichen nach dem Vertrage gegenſeitigen Pflichten, ſondern um die Pflicht einer Leiſtung, die bewandten (außer dem Kreiſe des mutuus consensus liegenden) Umſtänden nach nur ein Forderungsrecht giebt. Nirgends iſt aus der lex ein Grund zu entnehmen, das, was für den beſonders gearteten Fall des furtivi beſtimmt wurde, von der Traditionspflicht des Verkäufers überhaupt zu verſtehen, und die Rüge der Unterlaſſung der letztern für eine exceptio zu erklären. Nicht aus dem Grunde der Reihefolge der Leiſtungen, ſondern weil er in concreto anſonſt zu gar nichts verbunden iſt, retinirt der Käufer das Kaufgeld re non tradita; und der Verkäufer tradirt nicht aus Vertragspflicht (denn dieſe beſteht ja für ihn nicht, non obligabitur venditor) ſondern *ultro*; es iſt ihm Freiheit gelaſſen, zu tradiren, um ſich dadurch, wenn er will, in concreto ein Forderungsrecht zu erwerben [53]).

§. 10.

Den §. 3. sub b. angeführten Grund für die Heerwartſche Meinung, unſere exceptio bilde eine wahre Einrede, kann ich nur theilweis zugeben. Richtig iſt, daß die zweiſeitigen Verträge zu Realverträgen werden würden, wenn

---

[53]) Ich kann darum nicht zuſtimmen, wenn Brandis in d. Zeitſchr. f. Civ. R. und Proz. Bd. 7. S. 142. ff. und 154.; die lex 34. §. 3. cit. von der exc. non impl. contractus verſteht, was auch Glück Com. Bd. 16. S. 37. thut. Wenn Brandis für den Verkäufer noch eine obligatio naturalis annimmt, ſo ſcheint mir dieſes doch ganz gegen die Worte „non obligabitur venditor“ und „ultro“ zu ſeyn; und man legt in die Worte „nec tamen“ wohl zuviel, wenn ſie auf einen Reſt einer obligatio hinweiſen ſollen. Die von Brandis noch angeführten Correlatfälle behandeln das von dem Falle der l. 34. §. 3. cit. ſehr verſchiedene Verhältniß, wo der Käufer die Furtivität nicht wußte.

man ohne die vorgängige Erfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers eine obligatio für den Beklagten als gar nicht vorhanden, actionem nondum fundatam betrachten müſſe. Ich meiner Seits habe jedoch zu keiner Zeit der vorgängigen Vertragserfüllung, wo ich ſie nach der Natur des Vertrages zum Klaggrunde rechne, dieſe Wirkung beigelegt. Nirgends habe ich eine Darſtellung der Sache aus dem Geſichtspunkte einer Poteſtativbedingung, wie Heerwart S. 401. ſ. neueſten Abh. meint, wieder aufgegeben; ich habe die exc. n. i. c. niemals für eine conditio gehalten, ſondern nur, allerdings nicht durchaus gleiche, aber in der hervorgehobenen Beziehung ähnliche Zuſtände mit einander verglichen. Nicht die Entſtehung der obligatio, ſondern lediglich die Fälligkeit derſelben habe ich als von der erwähnten Vorerfüllung abhängig betrachtet; ich habe ohne ſie actionem nicht nondum fundatam, ſondern nondum natam angeſehen [54]). Daß Heerwart die Erwiederung aus der Natur der zweiſeitigen Verträge als Conſenſualcontracte im Verhältniß zu Realverträgen nur gegen die Meinung, welche ohne Vorerfüllung eine obligatio noch gar nicht annahm, gerichtet habe, ging aus ſeinen frühern Abhandlungen mindeſtens nicht deutlich hervor. Er kämpfte ja damit auch gegen Rechtslehrer,

---

54) Man vergleiche S. 100 und 260 ff. des Archivs Bd. 17. Ich habe ja ſchon S. 100 eine Klage auf Anerkennung der obligatio vor geſchehener Vorleiſtung für ſtatthaft gehalten. Wenn Heerwart entgegnet, eine ſolche Klage kenne das Rechtsſyſtem nicht, ſo will ich, da ich der Rechtfertigung meiner Anſicht für den Hauptgegenſtand meiner Unterſuchung nicht bedarf, hier dieſe Entgegnung auf ſich beruhen laſſen und nur gewichtige Rechtslehrer anführen, welche jene Klage für begründet halten: Schweitzer Provocationsprozeß S. 58. und die dort Note 67. citirten Schriftſteller. Gottschalk disc. for. ed. II. Tom. III. Cap. XII. Biener system. proc. ed. III. §. 310. Schaumburg princ. prax. L. II. c. 6. §. 4. not. **. Glück, Comm. Bd. 6. S. 490. Kori, Erört. pract. Rechtsfr. Th. 3. S. 44. Note 1. führt, obſchon er anderer Meinung iſt, neueſte Entſcheidungen von Gerichtshöfen zu Gunſten der fraglichen Klage an.

welche die Sache auf dieſe Weiſe gar nicht darſtellten: z. B. Thibaut Syſt. ältere ed. §. 169. 170. Mackeldey ed. 4. §. 572. Glück, Bd. 4. S. 200. Bd. 17. S. 227. Thibaut beruft ſich auf Wehren, welcher die klägeriſche Vorerfüllung bei zweiſeitigen Verträgen nur als Bedingung der Fälligkeit der obligatio, nicht aber der Entſtehung derſelben anſieht, und dieſes mit des Heerwart Grund ſelbſt vertheidigt [55]). Daß nun aber die zweiſeitigen Verträge, wenn man die klägeriſche Vorleiſtung nur als Bedingung der Fälligkeit der obligatio des Beklagten anſieht, Realverträgen nicht zu vergleichen ſtehen, iſt unſtreitig [56]), und von Heerwart jetzt ſelbſt ausdrücklich zugegeben worden [57]). Den von mir hieraus zu Gunſten meiner Meinung über die Natur der exc. n. i. c. gezogenen Schluß hält Heerwart durch die Behauptung widerlegt, „ein pactum de non petendo temporale, überhaupt jede Verabredung, durch welche die Erfüllungspflicht des einen Contrahenten auf einen gewiſſen Zeitpunkt hinausgeſchoben werde, begründe immer, die Verabredung möge ſpäter oder gleichzeitig mit dem Hauptvertrage geſchloſ-

---

55) Wehren, über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Erfurt 1790. (in Barths Sammlung von Diſſertationen. 1. Bd. 1. Lief. §. 6. und 14. 15.), welcher überhaupt ſchon rückſichtlich der Statthaftigkeit der exc. n. i. c. auf die Verſchiedenheit der Verträge aufmerkſam machte. — Auch Brandis in d. Zeitſchrift f. Civ. R. u. Proz. Bd. 7. S. 135. in fin. Note 3. u. S. 136 behauptet, daß Alle, welche die exc. n. i. c. für Einlaſſung erklärten, die actio für non fundata hielten; allein hierin irrt er entſchieden. Gleich Wehren lehrte ſchon Lauterbach Coll. Th. Pract. L. 19. tit. 1. §. 4. Wernher Th. II. Abth. 6. obs. 337.

56) §. 2. Inst. de verb. obl. 3, 16. vb: „*statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, non potest.*“ v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civ. R. I. 140. v. Schröter in d. Ztſchrft f. Civ. R. und Proz. Bd. 4. S. 149. 186.

57) Archiv f. civiliſt. Prax. Bd. 18. S. 401. med. Brandis in Schunks Jahrb. Bd. 17. S. 213., zwiſchen deſſen und Heerwarts Demonſtrationen im Arch. Bd. 14. S. 211 ff. überall eine große Aehnlichkeit herrſcht, gibt daſſelbe auch zu.

ſen werden, eine Einrede." Ich kann jedoch die Richtigkeit dieſer Behauptung ſelbſt nicht zugeben.

Betrachten wir die Sache nach der Natur ihres Verhältniſſes ohne Rückſicht auf die dafür von Heerwart citirten Römiſchen Geſetze, ſo können wir dann ſeiner Meinung nicht ſeyn, ſobald gleich urſprünglich das Recht zur Einforderung einer contractlichen Pflicht von einer Kündigung oder überhaupt dem Eintritte eines gewiſſen Zuſtandes dem Contracte nach abhängig gemacht wurde. Wenn z. B. im Vertrage ausgemacht wurde: „A ſolle erſt dann das Darlehn von B zurückzufordern befugt ſeyn, wann er es ihm 1 Monat vorher gekündigt gehabt," oder: „A ſolle die von B erhandelte Uhr erſt dann tradirt erhalten, wann er vorher den Kaufpreis dafür an B bezahlt habe," oder: „A ſolle dann das Recht zur Einforderung der Contractspflicht des B haben, ſobald er ſeiner Pflicht gegen B ebenfalls nachkomme": ſo iſt das Recht des A niemals anders qualificirt geweſen, als mit der Eigenſchaft, erſt fällig zu ſeyn, wenn das und das geſchehen iſt oder geſchieht; und es würde der Wirklichkeit des originären Zuſtandes entgegen handeln, einen völlig andern Vertrag als den geſchloſſenen ſubintelligiren heißen, wenn man das Recht des A als an ſich ſofort fällig betrachten, aber annehmen wollte, nur ein Nebenvertrag habe dieſe im Hauptvertrage liegende Fälligkeit wieder geändert. Wenn das Contractsrecht X. eben aus 1. 2. 3. beſteht, ſo iſt es nicht mehr X. ſobald man etwa 3. davon nimmt und ſagen wollte: 3. iſt eine Sache für ſich, und X. beſteht aber nur aus 1. 2. Das X. als nur aus 1. 2. beſtehend iſt nach dem Contracte nie vorhanden geweſen, und ſo herriſch darf der Richter mit dem Inhalte des Vertrages nicht umgehen, daß er ihn zu Gunſten ſeiner Rechtstheorieen ummodeln, ihn ſeciren und die zerſchnittenen Stücke zu ſelbſtſtändigen Individuen wieder beleben könnte. Iſt 1. 2. 3. nicht vorhanden, ſo iſt X. nicht da und der Kläger kann auf X. nicht klagen. Iſt 3. die Fälligkeit, ſo iſt eben das Recht zur Einklagung

noch nicht vorhanden, weil ein nicht fälliges Recht nicht eingeklagt werden kann. Wollte man entgegnen: „allerdings muß die Fälligkeit abgewartet werden, aber daß sie eingetreten, braucht in der Klage nicht gesagt zu werden; es ist genug, wenn es in der Replik erwähnt wird“: so hieße dieses: obschon das Recht zur Einklagung von der Fälligkeit der Forderung abhängt, so braucht dieser Grundstein des Klagrechts doch nicht in der Klage, sondern in der Replik erst angeführt zu werden; was weiter zu folgern gäbe, der Kläger habe sein Klagrecht in concreto nicht aus der Klage, sondern aus der Replik, es dürfe das, woran die Entstehung des Rechts zur Klage geknüpft war, theils im Klaglibell, theils in der Replik vorgetragen werden. Dieses aber wäre doch den entschiedensten Prozeßgrundsätzen zuwider, welche Klagtheile in der Replik nachzutragen nicht gestatten.

Ein Anderes ist es dagegen, wenn die, die Fälligkeit der Forderung bestimmende Verabredung erst nach Abschluß eines an sich vollkommenen Vertrages als Nach- oder Nebenvertrag hinzutritt; denn dann ist dieser letztere ein selbstständiges factum für sich, welches die Hauptvertragsverhältnisse umgestaltend nur als Einrede entgegentreten kann, und zur Replik der Beseitigung desselben Veranlassung giebt. Diese Beseitigung gehört dann nicht zum Klaggrund, welcher im Hauptvertrage allein besteht und durch jene Beseitigung der Einrede in der Replik nicht etwa ergänzt, sondern nur als völlig vertheidigt, von Erinnerungen gesäubert, in seiner ursprünglichen Reinheit sich darstellt. Hier konnte sich der Kläger mit Wahrheit auf etwas bedingungslos existent Gewordenes beziehen, was er in dem vorigen Falle nicht vermochte, weil niemals contrahirt worden war, daß das Eine ohne Rücksicht auf das Andere je gefordert werden dürfe. In dieser Maaße sehen auch die bewährtesten Rechtslehrer das hier beurtheilte Rechtsverhältniß an [58]); und klare Ge-

58) Linde, Abhandlungen aus d. Deutschen gem. Civilprozesse. Bd. I Abh. III., besonders S. 113 – 120. Hasse, im Rhein. Mus.

ſetze[59]) entſcheiden dafür, daß die Behauptung der Fälligkeit der Forderung zum Klaggrund gehöre.

Die von Heerwart angeführten Geſetze nöthigen zu andern Grundſätzen nicht. Vorerſt ſagt die l. 27. §. 1. D. de pactis nicht, daß das pactum temporale eine exceptio begründe, und ob es gleich urſprünglich oder erſt ſpäter zum Vertrage hinzugekommen ſey. Sodann iſt nach R. R. im Geſetzesfalle allerdings eine exceptio, weil nach Altrömiſchem

---

III. Bd. S. 139 ff. Mühlenbruch, Entwurf des Civilprozeſſes §. 361. S. 163—165. Was in dieſer Beziehung von Bedingungen gilt, kann auch hier als Beleg gelten; die Exiſtenz der conditio, wie die Fälligkeit der obligatio, ſind Stützen des Klagrechtes, Nummern des obigen X., und es erſcheint hier gleichgültig, daß die eine Nummer auf das dies cedit und die andere auf das dies venit einwirkt, da beide dies zur Begründung der Klagforderung, wenn auch aus verſchiedenen Kräften, wirken. Die Entwickelungen von Bethmann-Hollweg Verſuche S. 354. 355. in Bezug auf den Beweis der Bedingung bei einem Vertrage ſind von denen des Haſſe, ſo verſchieden ſie auch den Worten nach klingen, doch nicht weſentlich verſchieden. Denn B.-Hollweg geht, gleich Haſſe, von der Baſis aus: der Kläger muß einen an ſich gültigen, den Beklagten verpflichtenden, Vertrag beweiſen. In dieſem Beweiſe liegt, wie Haſſe gewiß ſehr richtig bemerkt, der Beweis der Unbedingtheit des Vertrages, wogegen der Verklagte den Gegenbeweis des bedingten Abſchluſſes zu führen hat. Wie Regel und Ausnahme können ſich hierbei (nach Hollwegs Anſicht) die Unbedingtheit und Bedingtheit nicht verhalten, da der Kläger in concreto ſein Klagrecht auf eine Regel doch nicht ſtützen kann, die er durch das nur bedingte Rechtsgeſchäft niemals erwarb. Das Klagrecht kann doch nicht auf fingirte Dinge ſich ſtützen dürfen, Wenn die Klage auf ein unbedingtes Recht geſtützt wurde, ſo iſt die Antwort der Bedingtheit unwiderlegbar nur die Ableugnung des Klaggrundes der Unbedingtheit. — Man vergleiche hierher noch Albrecht a. a. O. §. 39. S. 207. u. 210. Knappe a. a. O. §. 48. S. 123. 124, welche auch das gleich urſprüngliche „dies venit“ zum Klaggrund, das ſpäter contrahirte aber zur Einrede rechnen.

59) l. 9. pr. D. de reb. cred. 12, 1. — l. 54. 213. pr. D. de Inst. de V. O. — l. 21. pr. D. quando dies legat. — l. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. Man ſehe auch noch Thon in der Zeitſchr. für Civ. R. u. Proz. Bd. 8. S. 9. 11. 34. 47.

Rechte der Bürge auf eine dem Schuldner gegebene Zahlungsfrist sich nicht berufen konnte, was erst durch Justinian abgeändert wurde und darum der Civilregel nur als exceptio entgegentrat [60]).

Die l. 56. D. 12, 6. l. 55. D. de V. S. u. §. 10. Inst. de exc. 4, 13, lassen auch unentschieden, ob sie nicht später hinzugekommene pacta zum Gegenstande haben. Im Allgemeinen aber haben wir uns nicht zu wundern, wenn wir ein solches Dilationspactum eine Römische exceptio in den Röm. Gesetzen genannt finden. Man erinnere sich nur, was ich oben §. 4. zu Note 15. über Zeitbestimmungen bei Verträgen erwähnte, die zu exceptionibus Veranlassung gaben. Wurde die Clausel solcher Fristung der Schuld in exceptivischer Form adjicirt, so wurde sie auch exceptio genannt [61]).

Da nun unsere exc. n. i. c., wo sie statthaft erscheint, nur die noch nicht eingetretene Fälligkeit der Klagforderung rügt, so kann sie, weil sie gleich ursprünglich im Vertrage ihre Entstehung erhielt, dem Gesagten zu Folge, nicht Einrede, sondern nur Einlassung seyn [62]).

§. 11.

Zu c. und d. §. 3. habe ich Folgendes zu erwiedern:

Daß das jus compensationis auch das jus retentionis als das minus in sich schließe und zu ihm befuge, ist gar nicht zu bestreiten, weil, wer ganz aufrechnen kann, sicherlich mindestens rückhalten darf, d. i., wer für immer behalten darf, doch wohl mindestens auf eine gewisse Zeit zurückzubehalten befugt erscheint [63]). Es scheint dieses auch ganz der Ver-

60) l. 3. §. 1. Cod. de us. rei jud. 7, 54. Siehe auch oben §. 4 u. 7.

61) Man vergleiche noch Zimmern Rgesch. III. §. 92. S. 287. 288.

62) Ich wiederhole hierher, was ich Arch. Bd. 17. S. 102. ff. §. 4. über die Art der Rüge noch nicht erfüllten Vertrages sagte, und auch Bestätigung findet in Linde's cit. Abh. u. Mühlenbruch's Civilproz. S. oben Note 58.

63) l. 21. 110. pr. l. 113. u. 147. D. de reg. jur. 50, 17.

wandtſchaft zwiſchen Retentionsrecht und Compenſation gemäß zu ſeyn, welche man [64]) zwiſchen beiden gefunden hat, obſchon ich, beiläufig bemerkt, in der Befugniß zur retentio, welche als Theil der compensatio in der letztern enthalten iſt, und darum auch allein ausgeübt werden kann, nicht das eigentliche von den Gegnern gemeinte Retentionsrecht, alſo eine Retention, welche jure retentionis, ſondern immer nur eine ſolche zu erblicken vermag, welche jure compensationis erfolgt, und ſich darum auch nur nach den Grundſätzen über Compenſation und nicht nach denen über das eigentliche Retentionsrecht richtet. Jedenfalls aber würde die Analogie der Grundſätze über Compenſation zu dem Schluſſe nicht führen können: „wo compensatio wegen dispar genus nicht zuläſſig, ſey mindeſtens retentio ſtatthaft"; ſoll im Gegentheil das jus retentionis analog den Grundſätzen über compensatio folgen, ſo würde man vielmehr annehmen müſſen, „es ſey auch nicht temporäre compensatio (retentio) ſtatthaft, wo nicht perpetua zuläſſig, ſobald nicht ausdrückliche Geſetze für ſpecielle Verhältniſſe etwas Anderes beſtimmen," ein Satz, der ſeine begründetſten Conſequenzen haben würde [65]). Sine lege permittente findet bekanntlich kein Retentionsrecht ſtatt; eine lex generalis, daß das jus retentionis ſtatthaft ſey, wenn wegen dispar genus compensatio nicht zuläſſig erſcheine, exiſtirt nun aber durchaus nicht. Ebenſo mangelt es an einem allgemein beſtimmenden Geſetze, bei zweiſeitigen Ver-

64) Schnorr, diss. de jure retentionis. Lips. 1808. §. 11. num. III. S. 21. G. L. Böhmer, de jure retentionis. §. X. in deſſen electa juris civ. Tom. II. exercitat. XIII. Schweppe, Röm. Privatr. ed. IV. §. 183 d. S. 407. num. 1. col. §. 628. Note 4. Bethmann-Hollweg im Rhein. Muſ. I. Bd. über Compenſation. S. 258. 260. med. u. 263. Ranft, diss. de jure retentionis. Lips. 1817. §. 5. S. 18. med.

65) Ranft, l. l. Ueber das Verhältniß der Verwandtſchaft zwiſchen Compenſation und Retentionsrecht. S. a. die (Jena 1837) erſchienene Schrift von Schenck: die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinem Rechte, wo S. 47 jene Verwandtſchaft erörtert iſt.

trägen berechtige die vom andern Contrahenten zu fordernde Gegenleiſtung zum Retentionsrechte; die leges, in denen man eine ſolche Beſtimmung finden will [66]), ſind dieſelben vom Kaufvertrage redenden, oben erklärten, deren Inhalt, wie wir ſahen, zu einer ſolchen Annahme nicht berechtigt. Sollte aber auch wirklich die Natur des Kaufvertrags, überhaupt die Natur der zweiſeitigen Verträge es mit ſich bringen, daß jeder der Contrahenten bis zum Empfang der Gegenleiſtung ſeine Pflicht rückhalten dürfe, ſo würde dieſes immer kein Retentionsrecht ſeyn, da wir von eigentlichem Retentionsrechte nicht reden können, ſobald wir nach der Natur des concreten Vertrages zu leiſten noch nicht ſchuldig ſind. Gewiß ſehr richtig bemerkt in dieſer Beziehung Ranft [67]): omnis conditio, a qua jus retentionis suspenditur, in persona venditoris atque emtoris deficit, nisi ad obligationem, quae ex emtione venditione prodiit, alia postulandi ratio vicissim accedat. Rententio, qua venditor utitur, non jure retentionis, verum jure venditionis innititur, quo rem venditam sibi habet, donec ab emtore integrum rei pretium solvatur, sicuti emtor pretium retinet, usque dum rem emtam a venditore impetret.

§. 12.

Zu c. und d. §. 3. ſteht ferner noch Folgendes zu beachten:

Das Retentionsrecht ſetzt den Beſitz einer Sache voraus; ohne dieſen iſt daſſelbe nicht möglich. Hält man nun auch unkörperliche Sachen für einen Gegenſtand dieſes Rechtes, ſo verſteht man hierunter doch nur jura, welche im Quaſipoſſeſſe des Retinenten ſich befinden und befinden können. Woran ein ſolcher Beſitz nicht ſtatt findet, hieran iſt auch

66) Bochmer l. l. I. IV. Schnorr l. l. §. 3. 11. III. Faſelius vom Retentionsrecht. §. 11. Note c. Schweppe a. a. O. §. 183 d.

67) Ranft a. a. O. §. 4. col. § 5. S. 16. med. Man ſehe auch m. Note 28. im Arch. Bd. 17. S. 249. u. S. 250. ff. §. 17.

ein jus retentionis nicht denkbar, weil dieſes mindeſtens einen Quaſipoſſeß zum Fundamente haben muß [68]). Ein Quaſipoſſeß nun iſt nur möglich an Rechten, Gerechtſamen, welche als ein dauernder Gegenſtand des Activvermögens einer Perſon exiſtiren, und nicht blos perſönliche Sachenrechte ſind, die ſich lediglich auf Erfüllung individueller Verbindlichkeiten beziehen, an denen ein Quaſipoſſeß ſich nicht denken läßt [69]). Der Quaſibeſitz eines Rechtes umſchließt die Befugniß des Beſitzers, das Beſitzobject zu behalten, und wenn es aus ſeinem Beſitze gekommen, es ſich wieder zu verſchaffen, überhaupt die auf Beſitzſchutz gehenden remedia possessoria zu nutzen [70]). Nach dieſen Grundſätzen über Retentionsrecht und Quaſibeſitz kann in dem Falle einer zweiſeitigen Obligation, wo die Contrahenten nicht Sachen an ſich herauszugeben, ſondern blos Handlungen zu thun haben, von einem Retentionsrechte gar nicht geredet werden. Der Contrahent, welcher zu Folge eines zweiſeitigen Vertrages für den andern Contrahenten z. B. eine Reiſe zu unternehmen, einen Prozeß zu führen, oder ein Kunſtwerk zu verfertigen ſich verpflichtet hat, beſitzt weder im eigentlichen, noch im Quaſipoſſeſſe die Handlung, deren Ausführung er etwa ſo lange retiniren will, bis der andere Contrahent gegen ihn etwas geleiſtet habe. Er hat nur eine Leiſtungspflicht auf

---

68) Boehmer, de jure retent. l. l. § 1. Schnorr l. l. §. 3. 9. Ranft l. l. §. 1. in f. §. 4. u. 5. Glück, Com. Bd. 15. S. 115. (welcher jedoch S. 119. ein Retentionsrecht an unkörperlichen Sachen für nicht ſtatthaft erklärt). v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civ. R. I. §. 169. Faſelius, v. Retentionsrechte §. 2. Note a. §. 6. 7. u. Note f. ib.

69) v. Spangenberg, Verſuch einer ſyſtematiſchen Darſtellung der Lehre vom Beſitze, §. 101. v. Savigny, Beſitz §. 12. 44. 49. sec. fin. Thibaut, über Beſitz. §. 16 Glück, Com. Bd. II. S. 592. — 594. Schweppe, Röm. Priv. R. ed. III. §. 223. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civ R. I. §. 181. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand. R. §. 236.

70) Verſuche über den Quaſibeſitz. Halle 1806. Nr. I. §. 8. v. Savigny, Beſitz §. 44. bis 52.

ſich, aber in dieſer Beziehung nichts, was als ein ſchon beſtehendes Rechtsobject von ihm detinirt würde. Was ſoll er denn etwa beſitzen? etwa ſeine Dienſte? dieſe ſind ja in ſolchem Falle noch künftige, alſo in rerum natura noch nicht vorhandene Dinge, die darum auch noch nicht beſeſſen werden können. Nicht die Herausgabe, ſondern die herauszugebende Sache wird retinirt, an der es in einem ſolche Falle gebricht, denn nicht das Pflichterfüllen (was gleich wäre der Herausgabe), ſondern der Inhalt deſſelben, welcher eben dann noch nicht exiſtirt, müßte das zu retinirende Object ſeyn. Das Recht des Andern, die Handlung zu fordern, kann wiederum der Gegenſtand des Retentionsrechtes nicht ſeyn, denn dieſes iſt ja gar nicht im Beſitze des Retinenten; er beſitzt ja nicht das obligatoriſche Recht, auf Vertragserfüllung von ſeiner Seite zu dringen, ſondern hat nur die Pflicht zu der letztern. Dieſe Pflicht nun aber iſt doch ſicherlich kein Object, von dem man ſagen könnte, der Verpflichtete habe es im Quaſibeſitze, und ſey zum Schutze dieſes Beſitzes zu den remediis possessoriis befugt. Jedenfalls aber würde es ſich hier obendrein nur um ein Obligationenrecht handeln, welches nach Note 69. ein Gegenſtand eines Quaſibeſitzes gar nicht iſt. Es folgt demnach, daß mindeſtens in den Fällen der zweiſeitigen Verträge, in denen es ſich nicht um die Herausgabe von Sachen, ſondern nur um ein Leiſten von Handlungen fragt, von einem Retentionsrechte nicht geredet werden könne. Auf l. 13. §. 8. D. 19, 1. l. 22. D. de her. et act. vend. l. 31. D. de aedil. edict. kann man ſich zu Gunſten eines ſolchen Retentionsrechtes (was Schweppe R. Priv. R. 3te ed. §. 184 und 4te ed. §. 183 d zu thun ſcheint) nicht berufen, weil, abgeſehen von andern ſchon beſprochenen Gegengründen, in dieſen Geſetzen es ſich von der Rückhaltung einer körperlichen Sache handelt [71]).

71) Ich wiederhole hierher, was ich Arch. Bd. 17. S. 252. in fine und oben Note 3. bemerkte. Die wegen Unſicherheit der Gegen-

Wenn Heerwart bemerkt: er habe das Rechtsmittel der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur mit dem Retentionsrechte verglichen, ein Retentionsrecht selbst es aber nicht genannt, so sind diejenigen, welche das Gegentheil annehmen, gewiß zu entschuldigen, da auf S. 342. S. 343. med. S. 345. in f. Arch. Bd. 7. und S. 328. pr. Arch. Bd. 14. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unumwunden „eine Gattung des Retentionsrechtes, ein gesetzliches Retentionsrecht wegen Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages, ein Retentionsrecht wegen nicht erfüllten Vertrages, und endlich ein Retentionsrecht ob non impletum contractum" ausdrücklich von ihm genannt wird. Wenn ferner Heerwart S. 396. Arch. Bd. 18. mir vorwirft; ich hätte S. 257. Bd. 17. angeführt, daß die Verpflichtungen des Klägers bei dem Retentionsrechte nicht gleich mit dem Vertrage, sondern ex post erwüchsen, so bitte ich S. 257. cit. noch einmal zu lesen, und zu prüfen, ob etwas dergleichen dort gesagt wurde; nur in dem dort von mir gesetzten concreten Falle nannte ich das Retentionsrecht ex post erwachsen, weil es in diesem Falle wirklich erst nach dem Vertrage erwachsen war. Daß dieses Recht immer erst nach dem Vertrage qu. erwachse, habe ich nirgends behauptet.

Wie die l. 39. i. f. D. de solut. 46, 3. irgend eine Unterstützung für die Ansichten der Herren Heerwart und Brandis zu liefern vermöge, ist nicht abzusehen. Denn Depositionsgründe ändern begreiflich die sonst regelmäßigen Leistungspflichten. Daß der Verkäufer den Käufer nicht hätte verklagen können, steht nicht in der lex; nur hatte er, wenn er klagte, die Einrede begründeter Veranlassung zur Deposition zu gefährden.

---

leistung etwa zu treffenden Maaßregeln, die selbst zu einem Rückhalten der eigenen Pflichterfüllung führen können, ruhen auf ganz andern Grundsätzen, als den hier in Frage befindlichen.

§. 13.

Um die Unterſuchung über die Natur der exc. n. i. c. zu vervollſtändigen, muß ich ihr Verhältniß zu dem Einwande fehlerhafter Beſchaffenheit der Leiſtung, wovon Heerwart Arch. Bd. 7. S. 357. ff. Nr. III. gehandelt hat, näher in das Licht ſtellen. Unſere exceptio berührt ſich mit jenem Einwande als exceptio non rite adimpleti contractus, daher ihr Weſen auch von neuern Rechtslehrern [72]) in eine fehlerhafte Leiſtung geſetzt worden iſt. Ich bemerkte ſchon Arch. Bd. 17. S. 99, daß zwiſchen der exc. non und non rite impl. contr. in Bezug auf die Natur dieſer exc. kein Unterſchied ſey, ohne jedoch auf ihr Verhältniß zum Einwande fehlerhafter Leiſtung weiter einzugehen. Wenn ich nachfolgend mit Heerwart in den Reſultaten rückſichtlich der Austheilung der Beweislaſt bei dem Vorwurfe fehlerhafter Leiſtung übereinſtimme, ſo kann ich doch mit ihm nicht gleiche Wege der Begründung gehen, auch nicht mit ihm der Meinung ſeyn, der Beklagte könne, wenn die verſprochene und überlieferte species einen Fehler habe, oder einer Eigenſchaft ermangele, Erfüllung des Vertrages darum nicht fordern, weil dieſe ſchlechterdings nicht möglich wäre. Denn würde die Fehlerloſigkeit der Sache, oder die Exiſtenz der fraglichen Eigenſchaft in die Sphäre der Vertragserfüllung von Seiten des Leiſtenden gehören, ſo würde caeteris paribus die darauf gehende Rüge auch die exc. n. r. i. c. bilden, ohne Rückſicht darauf, ob dem Kläger möglich ſey, den Vertrag auch in dieſer Beziehung ſpäter noch zu erfüllen. Wirkt auch die exc. n. und n. r. i. c. nur Pflichtvertagend, nicht Pflichtaufhebend, ſo bleibt doch der Einwand, der an ſich nur ein vertagender, kein Recht zerſtörender iſt, immer de jure nur ein vertagender, wenn es ſich zufällig auch begeben ſollte,

72) Thibaut, Syſt. ed. 7. §. 169. ed. 8. §. 472. Weber, über Verbindlichkeit zur Beweisf. VI. 37. Mühlenbruch, Entw. des Civilprozeſſes. §. 381.

daß er vom Kläger nicht zu beseitigen wäre. Der Kläger bleibt zu dieser Beseitigung und zur wiederholten Verfolgung seines Anspruches befugt (was er bei Rechtvernichtenden Einwendungen nicht bleibt), so lange ihm die Exstinctivverjährung das Recht dazu nicht nimmt, wenn er auch bewandten Umständen nach die Beseitigung ꝛc. nicht sollte ermöglichen können. Einen Beleg für diese Sätze bilden die dilatorischen Einreden, welche dilatorische bleiben, obgleich der Kläger sie zu beseitigen etwa nicht vermögend seyn sollte, sie folglich per subsequens peremtorische Wirkung bekommen würden. Es tritt hier noch hinzu, daß es nicht einmal richtig ist, anzunehmen, dem Kläger sey bei einer fehlerhaft gelieferten, nicht gehörig geeigenschafteten species die fragliche Erfüllung des Vertrages nicht möglich. Sollte er auch die silberne Uhr nicht zur goldenen, oder ein staarblindes Pferd nicht sehend machen können, so kann z. B. das als Reitpferd verkaufte bestimmte Pferd, wenn es sich nicht reiten läßt, doch noch zugeritten werden.

Ich gebe ferner die Verschiedenheit der Wirkung zwischen exc. n. i. c. und der auf Entschädigung oder Aufhebung des Vertrages gehenden Einrede fehlerhafter Beschaffenheit der Leistung zu; allein es frägt sich hierbei noch, ob nicht jede Rüge der Fehlerhaftigkeit nach dem Grundsatze, daß das majus das minus in sich schließe, auch als exc. n. r. i. c. genützt, und dadurch die Pflicht des Beweises der Fehlerlosigkeit auf den Kläger gebracht werden könne. Es ist darum nothwendig, die Natur einer solchen Einrede und ihr Verhältniß zur exc. n. i. c. klar aufzufassen. Hierbei handelt es sich hauptsächlich darum, festzustellen, ob der Leistende die Abwesenheit des Fehlers, oder der Empfänger der Leistung das Daseyn desselben zu beweisen habe. Ist der Einwand fehlerhafter Beschaffenheit der Leistung identisch mit der Exception des nichterfüllten Vertrages, so wird nothwendig der Leistende der beweispflichtige seyn, weil — nach meiner Theorie über diese Exception — diese Rüge nur einen Theil

des Klaggrundes negirt, den der Kläger begreiflich zu beweisen hat, oder — nach Heerwarts Theorie — der Beklagte nur die Contractspflicht fehlerfreier Leistung zu excipiren und nachzuweisen, der Kläger dagegen dann die wirkliche Fehlerfreiheit zu repliciren und darzuthun haben wird. Alles dreht sich demnach hier um die Untersuchung:

ist der Einwand fehlerhafter Beschaffenheit der Leistung identisch mit der exc. n. i. c.?

Um hier klare Wege zu gehen, müssen wir vorher die Frage beantworten: „gehört die Abwesenheit der Fehler der Leistung zur Vertragserfüllung von Seiten des Leistenden?“ *)

Man kann den Vertrag erfüllt und gerade dadurch gar manche Pflichten der Haftung auf sich geladen haben, die man wohl zur Pflicht aus dem Contracte, aber nicht zur Pflicht der Erfüllung rechnen kann, durch welche man bei zweiseitigen Verträgen die Leistung seiner Seits erschöpft.

Die letztere Frage muß ich mit folgender Unterscheidung theils bejahen, theils verneinen.

Handelt es sich um die Leistung, Ausantwortung einer res certa, einer species, oder einer res generis, bei welcher letztern die als fehlend gerügten Eigenschaften vom Leistenden contractlich ausdrücklich nicht versprochen wurden, so ist der Vertrag von Seiten des Leistenden mit der Leistung der res erfüllt. Denn hat auch der Leistende an der res certa bestimmte Eigenschaften zugesichert, so gehört doch diese Zusicherung nur zur Beschreibung der Sache, welche dem Beschreiber wohl Haftungspflichten, aber rücksichtlich der Vertragserfüllung immer etwas Weiteres nicht aufladet, als die

*) Nur wenn man scharf auffaßt, was zu der, durch die exc. n. i. c. gerügten Vertragserfüllung gehöre, zerstreuen sich die Schwierigkeiten, welche bei Bestimmung des Verhältnisses der exc. n. i. c zur exc. n. rite i. c. und zur Einrede fehlerhafter Leistung sich fanden, wie zu entnehmen ist aus: Borst, über Beweislast §. 79. Weber, Verb. z. Beweisführung VI. Nr. 27. Glück, Com. Bd 17. S. 235 bis 238.

Uebergabe der res certa. Die Beſchreibung der Sache dient nicht dazu, den Gegenſtand, der geleiſtet werden ſoll, zu beſtimmen, dieſer iſt ja in der res certa außer Zweifel. Die Zuſicherung beſtimmter Eigenſchaften an der Sache iſt nur dem Nebenverſprechen gleich, dafür zu haften, wenn dieſe Eigenſchaften an dem Geleiſteten ſich nicht finden ſollten. Daß ſie ſich nun nicht gefunden, muß der Empfänger der Sache excipiren und beweiſen, weil er den Grund ſeines Anſpruches auf Schadloshaltung beweiſen muß. Auf gleiche Weiſe verhält es ſich nur um ſo mehr, wenn beſtimmte Eigenſchaften an der Sache, ſey ſie nun eine species oder res generis, gar nicht zugeſichert wurden; denn dann hat der Leiſtende nur um ſo gewiſſer durch Uebergabe der Sache ſeine Vertragspflichten gänzlich erfüllt.

Völlig anders iſt es dagegen, wenn es ſich um die Leiſtung einer res generis handelt, an welcher beſtimmte Eigenſchaften vom Contrahenten zugeſichert wurden; denn dann wurde nicht, wie im vorigen Falle, nur die Uebergabe der res certa oder generis, ſondern die Uebergabe einer res generis certae qualitatis verſprochen, für die allein der Empfänger ſeine Gegenleiſtung zuſagte. In dieſem Falle gehört die certa qualitas nicht blos zur Beſchreibung, ſondern zur Beſtimmung desjenigen, was geleiſtet werden ſoll; ſie iſt demnach ein Theil der Maſſe des zu Leiſtenden, welche im vorigen Falle durch die res allein erſchöpft war. Nicht gerade eine gewiſſe species oder jedes Exemplar eines genus, ſondern nur eine res generis, welche die certa qualitas hat, war der dem Contracte nach zu leiſtende Gegenſtand. Verſpricht z. B. A ſeinen beſtimmten Hund, den er für einen Jagdhund ausgiebt, oder überhaupt einen Hund dem B gegen Bezahlung zu geben, ſo hat er ſeine Vertragspflicht erfüllt, wenn er ſeinen Hund, oder überhaupt einen Hund dem B gibt. Findet B an dem Hunde dann vom Geber zu vertretende Fehler, oder iſt er kein Jagdhund, ſo kann er nicht ſagen, A habe den Vertrag nicht erfüllt, denn dieſer ging

ja nur auf Uebergabe des Hundes des A oder überhaupt eines Hundes; aber zur Schadloshaltung kann er den A ziehen, muß aber dann die Exiſtenz des Schadens, d. i. den Mangel der am Hunde des A von A verſprochenen Eigenſchaft, daß er ein Jagdhund ſey, oder das Daſeyn der zu vertretenden Fehler beweiſen. Verſpricht dagegen A dem B einen Jagdhund, ſo hat er nur dann ſeine Vertragspflicht erfüllt, wenn der gegebene Hund auch wirklich ein Jagdhund iſt, daher B, wenn A ihn auf Bezahlung des Hundes belangt, ohne einen Jagdhund geliefert zu haben, nur zu negiren hat, daß A einen Jagdhund geliefert habe, worauf A den Beweis zu führen haben wird, der Hund ſey ein Jagdhund, ſobald er, daß der Hund ein Jagdhund ſey, dennoch behauptet. Nicht weil — wie Heerwart meint — die res generis mit andern Exemplaren aus dem genus ſich vertauſchen laſſen und darum an eine beſtimmte Sache nicht gebunden ſind, ſondern weil die certa qualitas zur Maſſe des zu Leiſtenden gehört, muß deren Leiſtung in dem letztern Falle der Kläger A beweiſen.

Mit dem Verſprechen, Handlungen zu thun, iſt es ganz ähnlich. Werden beſtimmte Handlungen verſprochen, ſo muß der Leiſtende, daß dieſe geſchehen, nachweiſen. Behauptet nun der Empfänger der Handlung, daß die zwar geſchehene beſtimmte Handlung doch vom Handelnden zu vertretende Fehler habe, ſo muß der Empfänger, und nicht der Handelnde, welcher ja mit der Leiſtung der verſprochenen beſtimmten Handlung ſeine Vertragspflicht erfüllte, die Anweſenheit der Fehler nachweiſen; z. B. ich werfe dem Schneider, der mir einen Rock zu machen verſprach, und dieſes Verſprechen durch Fertigung des Rocks erfüllte, vor, der Rock ſey verdorben, er paſſe mir nicht, ſo muß ich, daß der Rock verdorben ſey, mir nicht paſſe, beweiſen; der Schneider aber braucht, wenn er Zahlung einfordert, nur zunächſt anzuführen und darzuthun, daß er den Rock wirklich gefertigt habe, weil hierin ſeine Pflicht der die Klagforderung begrün-

denden Vertragserfüllung ſich erſchöpfte, mit der die anderweitige, durch die Einrede des Gegners hervorgerufene, Pflicht der Vertretung der Fehler nicht coincidirte. Verſprach jedoch der Schneider nicht blos einen Rock, ſondern etwa eine Uniform zu fertigen, ſo hat er nachzuweiſen, daß der Rock eine Uniform ſey, weil hier die certa qualitas des Rockes als Uniformsrock zur Maſſe des von ihm zu Leiſtenden gehörte. Es laſſen ſich auch gar manche verſprochene Handlungen mit der Leiſtung einer res generis, an der eine certa qualitas nicht zugeſagt war, vergleichen, welchen Falles ſie dann auch analog beurtheilt werden müſſen. Geſetzt A verſprach dem B ein Haus zu bauen; in dieſem Falle hat A alles geleiſtet, wenn er ein Haus erbaute; findet B Baufehler, ſo muß er, wenn er den A deshalb zur Verantwortung ziehen will, dieſe Fehler beweiſen, weil A ſeine Vertragspflicht durch den Hausbau überhaupt erfüllte. Der vorhin ſchon erwähnte Fall der Fertigung eines Rockes durch den Schneider kann auch hier als Beiſpiel benutzt werden.

Aus dem Geſagten ergiebt ſich, der Einwand fehlerhafter Beſchaffenheit der Leiſtung iſt dann nur identiſch mit der exc. n. oder n. r. i. c., ſobald die Fehlerloſigkeit der Leiſtung (zu welcher in weiterem Sinne des Wortes auch das Daſeyn der zugeſagten Eigenſchaft der Leiſtung gerechnet werden kann) zur Sphäre der Vertragserfüllung von Seiten des Leiſtenden gehört; wenn dieſes der Fall ſey, habe ich im Vorſtehenden angedeutet.

§. 14.

Glaube ich nunmehr erſchöpft zu haben, was zu mehrerer Begründung meiner Anſicht über die Natur der exc. n. i. c. und zu Widerlegung der neueſten Erwiederungen dagegen zu ſagen war, ſo will ich jetzt nur einige Worte noch über die Reihefolge der Leiſtungen der Contrahenten bei dem Kaufvertrage hinzufügen.

Daß die Geſetze, aus denen Heerwart Arch. Bd. 18.

S. 391 bis 394. das Recht des Käufers zur Rückhaltung des Kaufgeldes bis zur erfolgten Uebergabe des Kaufgegenstandes ableiten will, das von Heerwart darin Gefundene nicht bestätigen, geht zugleich mit aus demjenigen hervor, was ich über den Inhalt dieser Gesetze hinsichtlich der Frage, ob die exc. n. i. c. eine eigentliche Einrede bilde, oben §. 4 bis 9 und 11. in fin. gesagt habe. Mangelt es nun an positiven gesetzlichen Bestimmungen für die Ansicht, daß die Erfüllung der Vertragspflichten des Käufers und Verkäufers Zug um Zug gehe, so ist diese Ansicht wenigstens nicht mehr fundirt, als die meinige, da die Arch. Bd. 17. S. 114. Note * citirten Gesetzesworte direct für meine Meinung sprechen. Wenn Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts §. 396., den Verkäufer zu der Tradition als Vorleistung, und den Käufer erst zur Zahlung nach empfangener Waare zu verpflichten scheint, so geht dieses wiederum mindestens nicht aus den in §. 396. cit. Note 3 citirten Gesetzen hervor, die nur die Pflicht des Käufers zur Verzinsung des Kaufgeldes von Zeit der empfangenen Waare an aussprechen, die Frage aber, ob der Verkäufer regelmäßig mit der Tradition vorleisten müsse, gar nicht berühren.

Zu S. 389. und 390. Arch. Bd. 18. habe ich zu entgegnen, daß der Käufer doch offenbar nur kauft, wo er sich über die Existenz des Kaufobjectes vergewissert glaubt. Wenn der Gastwirth erst leisten muß, ehe er Zahlung begehren kann, so ist dieses Folge des besonderen Vertragsverhältnisses zwischen dem hospes activus und passivus, bei welchem, daß die Vergütung des Geleisteten erst nach der Leistung geschehe, in der Natur des Geschäftes liegt [73]), wo Kauf und Miethe mit einander concurriren [74]); des Gastwirths Dienste bezahlt

73) Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechtes. Th. 4. §. 1480.

74) l. 3. §. 1. D. nautae caupones 4, 9. Curtius a. a. O. §. 1480. col. §. 1473. ff. Carpzov P. I. Const. 30. def. 18 n. 7. Leiser, jus georgicum. Lib. III. Cap. XIX. §. 80. Wernher obs. Tom. II. P. VIII. obs. 819.

man erſt, wenn er ſie geleiſtet, weil ſeine Pflicht ſogar mehr die eines Vermiethers, eines locatoris habitationis et operarum iſt, als die eines venditoris. Da die Geſetze die Rückhaltung der merx bis zur Kaufpreiszahlung nur eine *quasi* pignus nennen, ſo würde es wohl nicht gegen juridiſche Grundſätze über das Weſen eines Pfandes verſtoßen haben, wenn die Geſetze auch vom pretium geſagt hätten, emtor quasi pignus retinet. Das quasi pignus deutet nicht auf die Exiſtenz eines Pfandes, ſondern auf die Wirkung deſſelben zur Sicherſtellung der Forderung hin; und dieſe Wirkung würde das pretium retinendo ebenſo geleiſtet haben, als die merx, obſchon es eine res certa, eine species nicht genannt werden kann.